

Das Novenrecht

Seine Ausgestaltung in der Appellation der schweizerischen Zivilprozessordnungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANSJÖRG FEHR

von Rüschlikon

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Fritzsche

1949

Juris-Verlag, Zürich

Das Novenrecht

Seine Ausgestaltung in der Appellation der schweizerischen Zivilprozessordnungen

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors beider Rechte

vorgelegt von

HANSJÖRG FEHR

von Rüschlikon

genehmigt auf Antrag von Herrn Prof. Dr. H. Fritzsche

1949
Juris-Verlag, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 18. Dezember 1948.

Der Dekan:
Prof. Dr. *K. Käfer*.



Meinen lieben Eltern

VORWORT

Die überaus verschiedenartige Gestaltung des Institutes des Novenrechtes in den schweizerischen Zivilprozessordnungen führt uns dazu, unsere Arbeit in erster Linie als eine rechtspolitische Studie aufzufassen, die auf der Grundlage theoretischer und rechtsvergleichender Untersuchungen in der Ausarbeitung der Richtlinien einer nach unserer Ansicht zweckmässigen und einwandfreien Gestaltung des Novenrechtes gipfelt.

Wir beschränken uns dabei

- a) auf eine Untersuchung des Novenrechtes im engeren Sinne, nämlich desjenigen in der Appellation als dem Prototyp des Rechtsmittels mit appellatorischem Charakter;
- b) auf den Vermögensprozess, da die Voraussetzungen, die für die Gestaltung des Novenrechts im Familienprozess gegeben sind, infolge der Offizialmaxime von denjenigen des Vermögensprozesses grundlegend verschieden sind.

INHALTSVERZEICHNIS

Allgemeiner Teil

1. Kapitel: *Theoretische Grundlagen*

§ 1. Das Novenrecht als Institution des Zivilprozesses

A. Zweck	11
B. Funktion	12
C. Begriff	15
D. Ursachen	15
E. Bedeutung	18

§ 2. Das Objekt des Novenrechtes

A. Umfang	24
B. Art	25

2. Kapitel: *Gestaltungsmöglichkeiten des Novenrechtes in der Appellationsinstanz*

§ 3. System der Schranken der Zulassung neuen Vorbringens in der Appellation

I. Direkte Schranken	32
A. Materielle Schranken	32
B. Formelle Schranken	40
II. Indirekte Schranken	41
III. Kumulierung der Schranken	44

3. Kapitel: *Die Gestaltung des Novenrechtes in den ausländischen Zivilprozessordnungen, die die schweizerischen Lösungen beeinflussten*

§ 4. A. Der gemeine Prozess	45
B. Der französische C. P. C. von 1806	46
C. Die deutsche ZPO von 1877	48
D. Die österreichische ZPO von 1895	52

Besonderer Teil

Die Gestaltung des Novenrechtes in den schweizerischen Zivilprozessordnungen

4. Kapitel: <i>Versuch einer Einordnung der schweizerischen Zivilprozessordnungen in ein System</i>	55	
§ 5. Das Novenrecht in der Berufung an das Bundesgericht	56	
§ 6. Kantonale ZPO mit grundsätzlichem Ausschluss der Nova	57	
A. Appenzell beider Rhoden; B. Nidwalden, Obwalden; C. Tessin; D. Aargau; E. Vaud; F. Neuchâtel		
§ 7. Kantonale ZPO mit Sonderregelungen	63	
A. Solothurn; B. Graubünden		
§ 8. Kantonale ZPO mit beschränkter Zulässigkeit der Nova	68	
I. ZPO, die neue Tatsachen prinzipiell nicht zulassen		69
A. Schwyz; B. Uri; C. Freiburg		
II. ZPO, die nur bestimmte Tatsachen zulassen		73
A. Basel-Land; B. Schaffhausen		
III. ZPO mit Zulassung neuer Tatsachen		75
A. Thurgau; B. Zug; C. Genf; D. Basel-Stadt; E. Bern		
§ 9. Kantonale ZPO mit grundsätzlicher Zulässigkeit der Nova	83	
A. Glarus; B. Wallis; C. Luzern; D. Zürich; E. St. Gallen		
5. Kapitel: <i>Schlussbetrachtungen de lege ferenda</i>	92	

LITERATUR- UND QUELLENVERZEICHNIS

I. Kommentare, Lehrbücher, Monographien

- Althaus, Hermann: Die Beweisführung im Zivilprozessrecht der Schweiz. Diss. Bern 1938.
- Bähr, Otto: Das Rechtsmittel zweiter Instanz im deutschen Zivilprozess. Jena 1871.
- Bäriswyl, Georges C.: Das Rechtsmittel der Revision nach dem schweiz. Zivilprozessrecht. Diss. Bern 1922.
- v. Bar, Ludwig: Recht und Beweis im Zivilprozess. Leipzig 1876.
- Barazetti, Cäsar: Die Rechtsmittel der Berufung und der Beschwerde nach der deutschen Reichszivilprozessordnung. Berlin 1882
- Bauhofer, A.: Nova SJZ 29 S. 131.
- Böckli, O.: Zivilprozessordnung für den Kanton Thurgau. 1930.
- Braun, Rudolf: Was für die Einführung der vollen Berufung im zivilgerichtlichen Verfahren spricht. ZDZP 50 S. 296 ff.
- Cafilisch, Carl: Die Rechtsmittel im bündnerischen Zivilprozess. Diss. Bern 1929.
- Dällenbach, Walter: Die Appellation im aargauischen Zivilprozess. Diss. Bern 1930.
- Desbiolles, Marcel: Das Rechtsmittel der Revision. Diss. Zürich 1940.
- Edlin, G.: Die Berufung im zürcherischen und eidgenössischen Zivilprozess. SJZ 29 S. 180 ff., 215 ff.
- Erni, Paul: Die Klageänderung im luzernischen Zivilprozessrecht. Diss. Zürich 1942.
- Erlanger, Lili: Die Appellation im luzernischen Zivilprozess. Diss. Bern, Maschinenschrift.
- Fritzsche, Hans: Wahrheit und Lüge im Zivilprozess. Akademische Antrittsrede 1921.
- Fatzer, C.: Die Rechtsmittel des thurgauischen Zivilprozessrechts. Diss. Bern 1935.
- Gafner, Max: Die Parteibefragung im schweizerischen Zivilprozessrecht. Diss. Bern 1919.
- Garsonnet, E. - Cézair-Bru, Ch.: Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale en justice de paix devant les conseils de Prud/hommes. 3. éd. 8 vol. et 2 suppl. 1915—1933 Paris.
- Glasson E. - Tissier, A. - Morel, R.: Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile. 3. éd. 4 vol. et 1 suppl. 1925—1936 Paris.
- Goetzinger, F.: Die Rechtsmittel nach baselstädtischem Zivilprozessrecht. ZSR 49 n. F. S. 224.
- Grass, Josias: Probleme der materiellen Wahrheitserforschung nach der bündnerischen ZPO vom 3. 3. 1907. Diss. Zürich 1943.
- Günthardt, E.: Die Rechtsmittel des solothurnischen Zivilprozesses. Diss. Zürich 1943.
- Guldener, Max: Das schweizerische Zivilprozessrecht, Bd. I, Zürich 1947.
- Hagenbüchle, Anton: Das Rechtsmittel der Beschwerde im thurgauischen Zivilprozessrecht. Diss. Zürich 1943.

- Harras, Philipp von Harrasowsky: Die Rechtsmittel im Zivilprozess nach dem gegenwärtigen Stande der Gesetzgebung. Wien 1879.
- Hellwig, Konrad: System des deutschen Zivilprozessrechts. Leipzig 1912. Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2 Bde. Leipzig 1903/1907.
- Heusler, Andreas: Der Zivilprozess der Schweiz. Mannheim 1923.
- Die Grundlagen des Beweisrechtes. Archiv für Civil. Praxis, Bd. 62. Tübingen 1879.
- Heusser, Jakob: Die Klageänderung im schweizerischen Zivilprozess. Diss. Zürich 1924.
- Hochuli, Willy: Die Begründung der Klage. Diss. Zürich 1942.
- Hueber: Die Rechtsausgleichung auf dem Gebiete des Zivil- und Strafrechts zwischen Oesterreich und dem Altreich. Deutsche Justiz 1938 II S. 1172/1173.
- Keller, Gottfried: Die ZPO für den Kanton Aargau, 3. Aufl., herausgegeben von Dr. Markus Pfisterer. Aarau 1947.
- Klaus, Emil: Gesetz betr. die Ordnungsstrafen. Zürich 1937.
- Kleinfeller, Georg: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. Berlin 1905.
- Kries, August von: Die Rechtsmittel des Civilprozesses und des Strafprozesses nach den Bestimmungen der deutschen Reichsgesetze. Breslau 1880.
- Leuch, B.: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern. 2. Aufl. Bern 1937.
- Lutz, Oskar: Nachklage und Nachklagerecht. SJZ 28 S. 324.
- Beschränkung der Verhandlungsmaxime. SJZ 29 S. 257 ff.
- Gesetz über die Zivilrechtspflege für den Kanton St. Gallen. St. Gallen 1946.
- Menger, Anton: Die Zulässigkeit neuen tatsächlichen Vorbringens in den höheren Instanzen. Wien 1876.
- Mondet, Louis: Verhandlungs- und Officialmaxime im schweizerischen Zivilprozess. Diss. Basel 1925. Maschinenschrift.
- Müller, Arthur: Die Parteibefragung in der aargauischen Zivilprozessordnung. Diss. Zürich 1937.
- Osterwalder, Josef: Die Berufung im st. gallischen Zivilprozessrecht von 1939. Diss. Bern 1942.
- Pagenstecher, Max: Die Berufung im neuen Zivilprozessrecht. Berlin 1924.
- Pappafava, Vladimir: Der Streit um das Jus Novorum im Berufungsverfahren nach der österreichischen Zivilprozessordnung. Innsbruck 1901.
- Perrot, Raymond: Loi de procédure civile genevoise annotée. Genève 1939.
- Popper, S.: Wesen und Wirkungen der Rechtshängigkeit nach zürcherischem Zivilprozessrecht. Diss. Zürich 1920.
- Rascher, Otto: Das Contumazialverfahren in der schweizerischen Civilprozess-Gesetzgebung. Diss. Zürich 1900.
- Raschle, Hans: Vom Parteiprinzip zur Inquisition. Schweiz. Zeitschrift für Betreibung und Konkurs und Zivilprozess, Bd. 1916, S. 81 ff.
- Rigolet, Willi: Die ordentlichen Rechtsmittel der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde in der ZPO des Kantons St. Gallen von 1900. Diss. Bern 1931.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. 3. Aufl. Berlin 1931.
- Das neue Zivilprozessrecht nach dem Gesetz vom 27. 10. 1933 in ZDZP 58 S. 283.
- Rubinstein, Eugen: Der Stand der Eventualmaxime in den geltenden kantonalen Zivilprozessrechten. Diss. Zürich 1935.
- Schönke, Adolf: Zivilprozessrecht. Berlin 1933.
- Schurter, Em.: Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Zivilprozessgesetzgebung. Zürich 1890.

- Schurter, Em. - Fritzsche, Hans: Das Zivilprozessrecht der Schweiz. Bundeszivilprozessrecht. Zürich 1924.
- Die geschichtlichen Grundlagen der kantonalen Rechte. Zürich 1931.
- Letzte Wandlungen und heutiger Stand der kantonalen Rechte. Zürich 1933.
- Schweizer, A.: Official- und Verhandlungsmaxime im zürcherischen Zivilprozess. SJZ 18 S. 287 ff.
- Seuffert-Walsmann: Kommentar zur ZPO. 2 Bde. München 1933.
- Siegrist, Edgar: Grundfragen aus dem Beweisrecht des Zivilprozesses. Diss. Bern 1938.
- Sigel, Walter: Die Systeme der Beweistrennung und Beweisverbindung. Diss. Zürich 1935.
- Solus, M.: Cours de Droit Judiciaire Privé. Paris 1945/46.
- Staff, A. von: Volle oder beschränkte Berufung im zivilrechtlichen Verfahren. ZDZP 50 S. 69.
- Steiner, E.: Die Appellation im schweizerischen Zivilprozessrecht. Diss. Bern 1906.
- Stiffler, Albert: Das Recht der Beweismittelbeschränkung im Zivilprozess. Diss. Zürich 1933.
- Sträuli, Hans - Hauser, Willy: Zürcher Rechtspflegegesetze II: Zivilprozessordnung, 2. Aufl. Zürich 1939.
- Sydow-Busch: Zivilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 2 Bde., Berlin 1935.
- Tappolet, Werner: Die formelle richterliche Prozessleitung im zürcherischen Zivilprozess. Diss. Zürich 1941.
- Troller, Alois: Von den Grundlagen des zivilprozessualen Formalismus. Basel 1945.
- Tuason, Joachim: Das Beweisrecht im st. gallischen Zivilprozess. Diss. Bern 1929.
- Villars, M. A.: Lenteurs et Réforme de la procédure civile (fribourgeoise). Diss. Fribourg 1916.
- Völki, Regula: Die Kostentragung der Parteien im kantonalen Zivilprozess der Schweiz. Diss. Zürich 1934.
- Wach, Adolf: Handbuch des deutschen Zivilprozessrechtes. Leipzig 1885.
- Vorträge über die Reichszivilprozessordnung. 2. Aufl. Berlin 1896.
- Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. Berlin 1914.
- Walsmann, Hans: Die Anschlussberufung. Leipzig 1928.
- Weiss, Egon: Empfiehlt sich im Zivilprozess die Einführung der vollen Berufung? ZDZP 50 S. 1 ff.
- Weiss, Theodor: Die Berufung ans Bundesgericht in Zivilsachen. Bern 1908.
- Wetzell, Georg, Wilhelm: System des ordentlichen Zivilprozesses. 3. verb. Auflage. Leipzig 1878.
- Weymuth, Hans: Mündlichkeit und Schriftlichkeit im schweizerischen Zivilprozessrecht. Diss. Zürich 1932.
- Wieland, Alfred: Der Wert von Mündlichkeit und Schriftlichkeit beim Berufungsverfahren nach Ansicht des Bundesgerichtes. SJZ 22 S. 273.
- Widmer, Alfred: Die Appellation im schweizerischen Zivilprozessrecht unter besonderer Berücksichtigung der Prozessgesetze von Basel, Genf, Bern und Zürich. Diss. Basel 1931. Maschinenschrift.
- Wild, Max: Die Berufung im zürcherischen Zivilprozess. SJZ 29 S. 213.
- Wyss, K. von: Klageänderung, insbesondere nach zürcherischem Recht. SJZ 11 S. 328.
- Yung, Walter: Des faits nouveaux en appel. Sem. jud. 1938 S. 578.
- Zumbühl, Robert: Die Appellation im Rechtsmittelsystem der bernischen Zivilprozessordnung. Diss. Bern 1927.

Zimmerlin, Erich: Aargauisches Zivilprozessrecht. Aarau 1942.
 Ziegler, Walter: Die vorsorglichen Massnahmen in der Zivilprozessgesetz-
 gebung der Schweiz. Kantone. Diss. Zürich 1944.
Weitere Literatur in den Anmerkungen.

II. Zeitschriften und Entscheidungssammlungen

Schweizerische Juristenzeitung, Zürich seit 1904	SJZ
Zeitschrift für schweizerisches Recht, alte Folge, 22 Bde., Basel 1852—1882	ZSR aF
neue Folge, Basel seit 1882	ZSR nF
Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, Bern seit 1865	ZBJV
Le semaine Judiciaire, Genf seit 1879	Semjud
Schweiz. Zeitschrift für Betreibung und Konkurs und Zivil- prozess, Bde 1—16 (1912—27) Zürich 1912—26	SZBKZP
Zeitschrift für deutschen Zivilprozess, Berlin seit 1879	ZDZP
Deutsche Juristenzeitung, Berlin 1896—1936, Bd. 1—41	DJZ
Deutsche Justiz, Rechtspflege und Rechtspolitik, Berlin seit 1935	DJ
Blätter für zürcherische Rechtsprechung, Zürich seit 1902	Bl. ZR
Vierteljahresschrift für aargauische Rechtsprechung, hg. vom OG des Kt. Aargau, Aarau seit 1901	V. Aarg.R
Maximen des Obergerichtes des Kt. Luzern, Bde I—VIII	Max
Praxis des Kantonsgerichtes von Graubünden	PKG

III. Rechtsquellen

Bund: Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege
 vom 16. 12. 1943
 Aargau: Zivilprozessordnung vom 12. 3. 1900 (rev. 20. 3. 1941).
 Appenzell A. Rh.: Gesetz betr. die Zivilprozessordnung vom 26. 4. 1914.
 Appenzell I. Rh.: Bürgerliche Prozessordnung vom 10. 3. 1892.
 Basel-Land: Gesetz betr. die Gerichts- und Prozessordnung vom 20. 2. 1905.
 Basel-Stadt: Zivilprozessordnung vom 8. 2. 1875.
 Bern: Gesetz betr. die Zivilprozessordnung vom 7. 7. 1918.
 Freiburg: Code de Procédure Civile vom 12. 10. 1849.
 Genf: Loi de Procédure Civile vom 13. 10. 1920.
 Glarus: Zivilprozessordnung vom 4. 5. 1930.
 Graubünden: Gesetz über das Verfahren in bürgerlichen Rechtssachen
 vom 3. 11. 1907.
 Luzern: Gesetz über die Gerichtsorganisation und die Zivilprozessordnung
 vom 28. 1. 1913.
 Neuenburg: Code de Procédure Civile vom 7. 4. 1925.
 St. Gallen: Gesetz über die Zivilrechtspflege vom 7. 2. 1939.
 Schaffhausen: Bürgerliche Prozessordnung vom 25. 6. 1869.
 Schwyz: Gesetz über die Zivilprozessordnung vom 3. 12. 1915.
 Solothurn: Civilprozessordnung vom 5. 7. 1891.
 Tessin: Codice di Procedura Civile vom 22. 9. 1924.
 Thurgau: Zivilprozessordnung vom 29. 4. 1928.
 Nidwalden: Gesetz über das Zivilgerichtsverfahren vom 9. 4. 1890.
 Obwalden: Civilprozessordnung vom 29. 4. 1900.
 Uri: Zivilprozessordnung vom 29. 3. 1928.
 Waadt: Code de Procédure Civile vom 20. 11. 1911.
 Wallis: Zivilprozessordnung vom 22. 11. 1919.
 Zürich: Gesetz betr. den Zivilprozess vom 13. 4. 1913, rev. am 7. 4. 1935.
 Zug: Zivilprozessordnung vom 3. 10. 1940.

ALLGEMEINER TEIL

1. Kapitel

Theoretische Grundlagen

§ 1. Das Novenrecht als Institution des Zivilprozesses

A. ZWECK

Der Zivilprozess ist die Rechtsschutzordnung des Privatrechtes, seine Aufgabe also stets, Rechtsschutz gegen Beeinträchtigung oder Gefährdung subjektiven Rechts zu gewähren¹. Um ihr gerecht werden zu können, muss eine Zivilprozessordnung einerseits *die Verwirklichung des materiellen Rechts erstreben*² und andererseits *den Rechtsfrieden wahren*³, d. h. den mit jedem Rechtsstreit verbundenen Zustand der Rechtsunsicherheit so rasch wie möglich zu beseitigen⁴. Aus der Forderung nach Verwirklichung des materiellen Rechts ergeben sich, entsprechend der Gliederung der Prozeßstrecke von Progressbeginn bis Urteilsschöpfung in die beiden logischen Stadien der Materialbeschaffung, sowie der Läuterung und Bewertung dieses Materials⁵, zwei Verfahrensziele:

*Die Erforschung des wahren Sachverhaltes*⁶, d. h. die Schaffung eines Tatbestandes, der den in Wirklichkeit bestehenden tatsächlichen Verhältnissen möglichst nahe kommt⁷, sowie

¹ Wach, Hdb. I S. 4, 8, 9, 115; Hochuli S. 2.

² Grass S. 3 ff.; Hug S. 2; Gafner S. 39; Wach, Grundfragen S. 26; Lutz SJZ 29 S. 57; Weiss ZDZP 50 S. 4; Braun ZDZP 50 S. 296.

³ Walsmann S. 5/6; Troller S. 84; Schöнке S. 3.

⁴ Villars S. 25; Siegrist S. 2; Walsmann S. 5 ff.

⁵ Raschle ZBKZP Bd. 16 S. 82; Siegrist S. 6.

⁶ Gafner S. 41.

⁷ Hochuli S. 42; von Staff ZDZP 50 S. 79; vgl. Fritzsche S. 28; Schweizer SJZ 18 S. 291; Hasler S. 2, 21; Hochuli S. 42.

die richtige Anwendung der Rechtsregeln⁸. Der Ruf nach Wahrung des Rechtsfriedens führt uns zum Verfahrensziel der *Prozessökonomie*⁹. Prozessökonomie bedeutet vor allem Raschheit und Billigkeit, die auf die gemeinsame Wurzel der Einfachheit des Verfahrens zurückzuführen sind. Ein rasches und wirksames Verfahren erhöht den Rechtsschutz insofern, als ihm Präventivcharakter als Prozessvorbeugungsmittel zukommt¹⁰.

Die beiden Verfahrensziele der Erforschung des wahren Sachverhaltes und der Verfahrensökonomie stehen einander gegenüber¹¹. Aufgabe jeder Zivilprozessordnung ist es, durch Abwägung nach Zweckmässigkeitsüberlegungen einen theoretisch befriedigenden und praktisch brauchbaren Ausgleich zwischen ihnen zu finden¹².

Das *Novenrecht*, das die Zulassung von «Nova», d. h. neuem Prozeßstoff, in einem fortgeschrittenen Prozeßstadium regelt, ist nun eine *Prozessinstitution*, die im Dienste der Erforschung des wahren Sachverhaltes steht¹³. Ihr letztes Ziel ist die Schaffung einer den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Aktengrundlage als Basis für eine gerechte Entscheidung.

B. FUNKTION

I. Die Uebertragung der Materialbeschaffung auf Parteien und Richter

Wesen und Aufgabe des Zivilprozesses bedingen aus Zweckmässigkeitsgründen die Uebertragung der Materialbeschaffung auf Parteien und Richter. Die Parteien, denen die Herrschaft über ihre materiellen Ansprüche zusteht, sind in erster Linie zur Beschaffung des Prozessmaterials prädestiniert¹⁴. Das Zivilprozessverfahren macht sich den Interessengegensatz zwischen

⁸ Ziegler S. 4.

⁹ Villars S. 14/16, 20; Hochuli S. 42; Hasler S. 19; Müller S. 9 ff.

¹⁰ Villars S. 25.

¹¹ Vgl. Walsmann S. 53.

¹² Mondet S. 1; Villars S. 17; Hagenbüchle S. 200 ff.

¹³ Heusser S. 1; Braun ZDZP 50 S. 296; Harras S. 512; Osterwalder S. 52; Zumbühl S. 71.

¹⁴ Troller S. 66/67; Mondet S. 19 ff.

den Parteien für die Beschaffung des Tatbestandes zunutze¹⁵. Leitung und Mitwirkung des Richters bei der Materialbeschaffung ist aber eine organisatorische Notwendigkeit. Sie erhöht die Garantie zur Erforschung des wahren Sachverhaltes, ermöglicht die Ausgleichung des materiellen und geistigen Kampfpotentials der Parteien und sichert ein ökonomisches Verfahren¹⁶. Der Zivilprozess kann daher seiner Rechtsschutzaufgabe nur gerecht werden, wenn Richter und Parteien in der Materialbeschaffung einander ergänzend zusammenwirken¹⁷.

II. Die Notwendigkeit der zeitlichen Begrenzung des Materialbeschaffungsstadiums

Ein abgeschlossenes Materialbeschaffungsstadium ist die logische Voraussetzung für eine ökonomische Gestaltung des nachfolgenden tatsachenbewertenden Beweisstadiums¹⁸. Diese Erkenntnis führte zur Aufstellung der *Eventualmaxime*, einer Massregel der Beschleunigung und Konzentration des Verfahrens, die darin gipfelt, dass die Parteien dem Richter unter Ausschlussfolge bis zu einem gewissen Zeitpunkt des Verfahrens alle ihre Anträge, sowie alle ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel vorzubringen haben¹⁹.

III. Zivilprozessrechtsinstitute, die die Beibringung von Prozessmaterial nach Abschluss des Materialbeschaffungsstadiums regeln

Die Festsetzung einer zeitlichen Schranke für die Beschaffung von Prozeßstoff steht in bestimmten Fällen der Erforschung des wahren Sachverhaltes und damit der Verwirklichung des materiellen Rechts entgegen²⁰. Im Interesse dieser grundlegenden und primären Aufgabe des Prozesses hat daher die Zivilprozess-

¹⁵ Fritzsche S. 29.

¹⁶ Gafner S. 36 ff.; Grass S. 3 ff.; Mondet S. 30; Troller S. 64; Tappolet S. 19; Guldener S. 126.

¹⁷ Fritzsche S. 29, 31; Müller S. 9 ff.

¹⁸ Raschle ZBKZP Bd. 16 S. 82.

¹⁹ Heusler ZSR a. F. 48 S. 191, 354; Stiffler S. 30; Sträuli S. 247; Guldener S. 128.

²⁰ Stiffler S. 31 ff.

rechtswissenschaft zwei Institute geschaffen, die die Härte, die dem im Dienste der Prozessökonomie verfügten Ausschluss der Beibringung von Prozessmaterial nach Abschluss des Materialbeschaffungsstadiums innewohnt, mildern sollen²¹:

das richterliche Fragerecht und das Novenrecht.

a) Das richterliche Fragerecht

Das richterliche Fragerecht, dessen Ziel die lückenlose Beschaffung des Tatsachenmaterials, die Prüfung der Parteivorbringen auf ihre Richtigkeit und die Ausgleicheung der Kampfmittel der Parteien ist²², trägt, ohne praktisch eine wesentliche Verlängerung des Prozesses zur Folge zu haben, in hohem Masse zur Erforschung des wahren Sachverhaltes bei.

b) Das Novenrecht

Das richterliche Fragerecht bietet aber noch nicht das geforderte Höchstmass von Garantie²³, da der Richter als aussenstehender, dem Streite fremder Wahrer des staatlichen Interesses an gerechter Rechtspflege kein direktes Verhältnis zur Streitsache hat. Es fehlt ihm daher zunächst eine eingehende Kenntnis derselben, so dass er nicht immer mit seinen Fragen korrigierend wirken kann. — Auf dieser Erkenntnis beruht im modernen Zivilprozess die Existenzberechtigung des Novenrechtes. Das Novenrecht ermöglicht es den Parteien, die in der Regel infolge ihrer direkten Beteiligung am Rechtsstreit die genaueste und beste Kenntnis desselben besitzen und das grösste Interesse an ihm haben, unter gewissen Voraussetzungen auch nach Abschluss des Materialbeschaffungsstadiums Prozesshandlungen oder Unterlassungen, die im Hinblick auf ihr materielles Recht nachteilige Folgen nach sich ziehen könnten, zu korrigieren. Nur wenn auch die Parteien durch neues Vorbringen, durch neue Angriffs- und Verteidigungsmittel das Tatsachenmaterial in einem fortgeschrittenen Stadium des Prozesses noch vervoll-

²¹ Vgl. Tappolet S. 25; Guldener S. 128 ff.

²² Vgl. Lutz SJZ 29 S. 57 ff.; Müller S. 10; Gafner S. 36 ff., 84, 96 ff.; Mondet S. 30—46; Troller S. 65 Zi. 3.

²³ Gafner S. 36 ff.

ständigen können, ist die Möglichkeit gegeben, in allen Fällen einen vom tatsächlichen Sachverhalt abweichenden prozessualen Tatbestand durch Korrektur dem ersteren anzugleichen.

Im Dienste der Verwirklichung des materiellen Rechts stehend, durchbricht damit die Institution des Novenrechtes die im Interesse einer ökonomischen Gestaltung des Verfahrens aufgestellte zeitliche Schranke der Parteivorbringen. Sie durchlöchert die ihr entgegenstehende Eventualmaxime, da diese durch eine formelle Schranke den Sieg des materiellen Rechts verhindert ²⁴.

C. BEGRIFF

Aus der Funktion des Novenrechtes ergibt sich dessen Begriff. Wir definieren das Novenrecht als *Summe derjenigen Prozessnormen, die die Zulassung von neuem Parteivorbringen nach Abschluss des erstinstanzlichen Materialbeschaffungsstadiums regeln*.

D. URSACHEN

Die hauptsächlichsten Ursachen, die der Zulassung von neuem Vorbringen auch nach Abschluss des erstinstanzlichen Materialbeschaffungsstadiums rufen, sind folgende:

1. *Das menschliche Ungenügen*

a) *Errare humanum est*

Dem Menschen als Prozesspartei können Versehen unterlaufen ²⁵.

b) *Mangelnde Intelligenz, mangelnde Rechtskenntnis*

Dem Menschen kann der Einblick in die Zusammenhänge abgehen. Es fehlt ihm die notwendige Kombinationsgabe, so dass er den Kausalzusammenhang nicht klar sieht und deshalb eine zum Schutze seines Rechtes entscheidende Prozesshandlung, der er keine Bedeutung zumisst ²⁶, unterlässt. Trotz genügender Intelligenz kann er aber auch

²⁴ Sträuli S. 454; Troller S. 90 ff.; Braun ZDZP 50 S. 296.

²⁵ Schweizer SJZ 18 S. 288; Guldener S. 129.

²⁶ Troller S. 91; Osterwalder S. 52; Bauhofer SJZ 29 S. 133; Bähr S. 38 ff.

allein infolge mangelnder Rechtskenntnis in der Prozessführung versagen.

2. *Mangelnde Sorgfalt in der Prozessführung*

a) *Mangelndes Interesse*²⁷

Bei einer solchen, oft im Charakter einer Partei liegenden Prozessführung handelt es sich immer um eine Nachlässigkeit und damit um ein Verschulden. Leichtfertigkeit, Zerfahrenheit und Flatterhaftigkeit können die Ursachen der mangelnden Sorgfalt bilden.

b) *Verhinderung an der sorgfältigen Prozessführung infolge besonderer äusserer Verhältnisse*

Berufliche Arbeitsüberhäufung, der Eintritt von unvorhergesehenen Ereignissen etc. können als Gründe einer solchen Verhinderung aufgezeigt werden.

3. *Die subjektive Unmöglichkeit der Beibringung von Prozessmaterial*

Trotz allem Eifer und trotz aller Sorgfalt kann es vorkommen, dass es einer Partei nicht gelingt, rechtzeitig zur Kenntnis von relevanten Tatsachen und vor allem von Beweismitteln für diese zu gelangen²⁸. Die mannigfachsten Hindernisse, besondere Umstände, die in den Lebensverhältnissen der Parteien liegen, können dem entgegenstehen. Wir sprechen in solchen Fällen von der subjektiven Unmöglichkeit der Beibringung von Angriffs- und Verteidigungsmitteln.

4. *Die Stellungnahme von Gegner und Gericht im Verfahren*

a) *Das Vorbringen der Gegenpartei*

Eine Partei wird oft erst durch das Vorbringen der Gegenpartei veranlasst, ihre Vorbringen zu ergänzen, event. ihr Augenmerk auf andere Punkte zu verlegen²⁹. Sie hat von der Gegenpartei aufgegriffene Möglichkeiten nicht in Betracht gezogen und muss nun dazu Stellung nehmen.

b) *Handlungen des Gerichtes*

Indem im modernen Prozess der Richter selbst direkt oder indirekt durch das richterliche Fragerecht an der

²⁷ Heusser S. 1; Heusler S. 174 ff.

²⁸ Rubinstein S. 13; Heusser S. 1; Schweizer SJZ 18 S. 290.

²⁹ Heusser S. 2; Heusler S. 82; Guldener S. 129; vgl. Rubinstein S. 15—17.

Sammlung des Prozeßstoffes mitwirken kann, besteht die Möglichkeit, dass seine Tätigkeit, die sich zu Gunsten der einen Partei auswirkt, die gegnerische Partei veranlassen kann, das ihren Standpunkt bekräftigende Material zu ergänzen, event. gar diesen zu revidieren.

Im mündlichen Verfahren besteht die Gefahr, dass Parteivorbringen durch unvollständige Protokollierung für die obere Instanz verloren gehen können³⁰.

c) *Das erstinstanzliche Urteil*

Eine Partei erfährt erst durch die Stellungnahme des Gerichtes genau, auf welche Tatsachen dieses abstellt³¹. Sie soll deshalb die Möglichkeit haben, in dieser Richtung weitere Erhebungen zu unternehmen. Diese Ursache ist für das zweitinstanzliche Novenrecht von hoher Bedeutung³².

5. *Die Veränderung von tatsächlichen Verhältnissen*³³

Verändern sich die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse während des anhängigen Rechtsstreites, so muss die Möglichkeit bestehen, dass der Prozeßstoff der neuen tatsächlichen Lage angepasst werden kann³⁴. Andernfalls ergeht ein den wirklichen Verhältnissen nicht mehr entsprechendes Urteil³⁵.

Wohl vermindert sich die Bedeutung des Novenrechtes in bezug auf einzelne der hier aufgezählten Punkte durch die Tatsache, dass die Parteien im Vermögensprozess in der Regel durch einen Anwalt vertreten sind, ganz erheblich. Andererseits ergeben sich in Verbindung mit der Interessenvertretung durch einen Dritten infolge der Notwendigkeit einer umfassenden Instruktion über das Streitverhältnis mannigfache Gefahren, die das Novenrecht mildert und herabsetzt³⁶.

³⁰ Weiss ZDZP 50 S. 11.

³¹ Lutz SJZ 29 S. 57; Osterwalder S. 52; Goetzinger ZSR n. F. 49 S. 245; Bauhofer SJZ 29 S. 133.

³² Pappafava S. 5.

³³ Heusser S. 1.

³⁴ Rubinstein S. 13.

³⁵ Günthard S. 103; Desbiolles S. 15.

³⁶ von Staff ZDZP 50 S. 80; Bauhofer SJZ 29 S. 133.

E. BEDEUTUNG

I. Die Abhängigkeit der Bedeutung des Novenrechtes von der Gestaltung eines Verfahrens

Die Institution des Novenrechtes kann nicht aus dem Räderwerk des Zivilprozesses herausgerissen und für sich betrachtet werden. Es bestehen mannigfache Wechselbeziehungen zwischen der Ausgestaltung der wichtigsten Verfahrensprinzipien und der Bedeutung des Novenrechtes. So nimmt diese z. B. ab, je umfassender die Mitwirkung des Richters an der Materialbeschaffung ausgestaltet ist; anderseits wächst sie, je mehr ein Verfahren vom Prinzip der Mündlichkeit beherrscht wird³⁷. Ferner wirkt sich die Gestaltung des Beweisverfahrens in hohem Masse auf diejenige des Novenrechtes aus³⁸. Die Bedeutung des Novenrechtes ist auch abhängig von den Folgen, die eine ZPO an Versäumung und Versäumnis knüpft, insbesondere von der Ausgestaltung der verschiedenen Rechtsbehelfe gegen die Versäumnisfolgen³⁹.

II. Das Novenrecht in den verschiedenen Prozeßstadien

Bedeutung und Gestaltung des Novenrechtes sind aber auch innerhalb der einzelnen Verfahrensstadien einer bestimmten Zivilprozessordnung, je nach Aufgabe und Funktion der ersten, recht verschieden.

a) Das erstinstanzliche Novenrecht

Unmittelbar nach Abschluss des Materialbeschaffungsstadiums zeigen die Parteien in der Regel noch kein grosses Bedürfnis nach einer weitgehenden Ausgestaltung des Novenrechtes, denn kurze Zeit vorher hatten sie ja noch die Möglichkeit, den Prozeßstoff beinahe unbeschränkt zu ergänzen. Die Bedeutung des Novenrechtes wächst proportional mit der Dauer

³⁷ Vgl. Schweizer SJZ 18 S. 287.

³⁸ Vgl. Sigel S. 7, 39, 52, 90, 92; Weymuth S. 95 ff.

³⁹ Rascher S. 118 ff.; Akeret S. 93 ff., 95.

des Prozesses, vom Abschluss des erstinstanzlichen Materialbeschaffungsstadiums an gerechnet. Da zudem durch ein zweitinstanzliches Novenrecht eine Korrekturmöglichkeit für event. nachteilige Prozesshandlungen und Unterlassungen geschaffen werden kann, charakterisiert sich in der Regel das erstinstanzliche Verfahren dadurch, dass bei grundsätzlichem Ausschluss der Nova die Voraussetzungen, unter denen die Zulassung von neuem Vorbringen der Parteien ermöglicht wird, stark eingeschränkt sind und in den Zivilprozessordnungen oft kasuistisch geregelt werden.

b) Das Novenrecht in zweiter Instanz oder Novenrecht i. e. S.

Wenn vom Novenrecht die Rede ist, so wird meist nur das zweitinstanzliche Novenrecht, auf das wir in der Folge unsere Untersuchungen beschränken, darunter verstanden.

Das Verfahren vor einer neuen Instanz stellt etwas in gewissem Sinne völlig Neues, ein für sich selbständiges Prozeßstadium dar. Indem die Parteien bleiben, der Richter sich aber ändert, ein neuer, vorerst dem gesamten Rechtsstreit ohne jegliche Beziehung gegenüberstehender Richter auftritt, ergibt es sich zwangsläufig, dass in mancher Hinsicht eine Wiederholung der innerhalb eines einzelnen Verfahrens (nehmen wir an, des erstinstanzlichen) essentiellen Stadien notwendig wird.

Die grosse Streitfrage ist nun die, auf welche Verfahrensstadien sich diese Wiederholung erstrecken soll, lediglich auf das Bewertungsstadium, — wo eine Wiederholung durch den zweitinstanzlichen Richter die notwendige Voraussetzung für dessen Entscheidung schafft — oder auch auf das Materialbeschaffungsstadium. Ein ausgestaltetes zweitinstanzliches Novenrecht gibt den Parteien die Möglichkeit, vor zweiter Instanz das Tatsachenmaterial zu ergänzen.

Rein verfahrenstechnisch gesehen, genügt eine Instanz zur Erledigung eines Rechtsstreites vollkommen⁴⁰. Die Möglichkeit der Weiterziehung des Rechtsstreites an eine zweite Instanz, insbesondere der Berufung oder Appellation, gerichtet auf Er-

⁴⁰ Walsmann S. 5.

setzung des angefochtenen Erkenntnisses durch ein besseres^{41, 42}, bietet lediglich eine erhöhte Garantie für Gewährung des Rechtsschutzes⁴³. Sie wird den Rechtssuchenden einerseits infolge der Fehlbarkeit der menschlichen Erkenntnis ganz allgemein und andererseits aus einem psychologischen Grunde, infolge der Tatsache, dass die meisten Entscheidungen von der unterliegenden Partei für unrichtig gehalten werden, geboten⁴⁴. Je nachdem, in welcher Hinsicht in bezug auf das erstinstanzliche Verfahren nun diese Rechtsschutzgarantie erhöht werden soll, gelangt man zur Befürwortung oder Ablehnung der Zulassung von Nova. Es stehen sich dabei folgende zwei grundsätzlich voneinander verschiedene Auffassungen der Appellation gegenüber:

1. Die Appellation als blosser revisio in iure et in facto

Die eine Auffassung erblickt die Aufgabe der Berufung lediglich in einer Ueberprüfung der erstinstanzlichen richterlichen Tätigkeit durch ein besser qualifiziertes Gericht⁴⁵. Darnach ist die Appellationsinstanz an den durch den Vorderrichter festgestellten Tatbestand gebunden⁴⁶ und stützt sich bei der Urteilsfindung nur auf den, der untern Instanz zur Verfügung gestandenen Prozeßstoff. Sie überprüft die rechtsanwendende Tätigkeit des erstinstanzlichen Richters in deren zwei wichtigsten Stadien, der Klärung und Sichtung des Prozessmaterials, sowie der Unterstellung des so gefundenen Tatbestandes unter die Bestimmungen des Gesetzes⁴⁷. Sie prüft nach, ob die erstinstanz-

⁴¹ Heusler S. 151; Rigoletth S. 5; vgl. die Definition der Berufung von: Steiner S. 10; Widmer S. 8; Sträuli S. 450; Rigoletth S. 20.

⁴² Auch den Rechtsmitteln des Rekurses und der Beschwerde kommt in bestimmten schweiz. ZPO appellatorischer Charakter zu. Sie stellen aber gleichsam funktionelle Sammelbegriffe dar und erfüllen derart komplexe Funktionen, dass eine Vertiefung in sie, die die Voraussetzung jeder Behandlung der Ausgestaltung des Novenrechtes in ihnen geschaffen hätte, über den Rahmen dieser Arbeit hinausführen würde. Vgl. z. B. Hagenbüchle S. 201.

⁴³ Osterwalder S. 17 ff.; Steiner S. 10 ff.; Rigoletth S. 2; Günthard S. 38; Fatzer S. 19; Caflisch S. 19; Rosenberg S. 466; Desbiolles S. 11.

⁴⁴ Rosenberg S. 466; Osterwalder S. 17; Waldmann S. 5.

⁴⁵ Günthard S. 70.

⁴⁶ Menger S. 13; Günthard S. 70; Dällenbach S. 57; Walsmann S. 49 ff.

⁴⁷ Vgl. Menger S. 13 ff.; Günthard S. 70; Harras S. 512 ff.; Rosenberg S. 465 ff.; Walsmann S. 7, 49 ff.

liche Entscheidung unter den subjektiven Bedingungen, unter welchen sich das streitige Rechtsverhältnis vor der ersten Instanz durch die Tätigkeit der Parteien und Richter bei der Materialbeschaffung dargestellt hat, gesetzlich gerechtfertigt werden kann⁴⁸. Diese Auffassung erblickt also in der Appellation lediglich eine revisio in iure et in facto⁴⁹. Sie bezweckt eine Nachprüfung der Rechts- und Tatfragen auf Grund des nämlichen erstinstanzlichen Prozeßstoffes⁵⁰. Das Appellationsgericht beschränkt sich auf die Frage, ob die Vorinstanz wohl oder übel gesprochen habe. Eine Wiederholung des Tatsachenbeschaffungsstadiums findet im zweitinstanzlichen Verfahren nicht statt. Nova sind ausgeschlossen.

Ein solches Verfahren wird oft mit prozessökonomischen Ueberlegungen zu rechtfertigen versucht.

2. Die Appellation als Fortsetzung des Verfahrens vor erster Instanz — Die volle Berufung

Die zweite, moderne Auffassung der Appellation, die auf dem Grundsatz der Verwirklichung des materiellen Rechts aufgebaut ist⁵¹, erblickt in der Berufung eine Fortsetzung des erstinstanzlichen Verfahrens⁵² in einem neuen, vor einem besser qualifizierten Gerichte sich abwickelnden Verfahren⁵³. Sie geht nicht nur auf eine Nachprüfung des erstinstanzlichen Urteils nach seiner rechtlichen und verfahrensmässigen, sondern auch nach seiner tatsächlichen Seite hin⁵⁴. Sie untersucht unabhängig davon, ob das erstinstanzliche Urteil rechtlich und verfahrensmässig einwandfrei zustande kam, ob das streitige Rechtsverhältnis vor erster Instanz seine dem materiellen Rechte entsprechende Entscheidung gefunden hat⁵⁵. Die Berufung bedeutet da-

⁴⁸ Menger S. 13 ff.; Harras S. 512.

⁴⁹ Vgl. z. B. Günthard S. 55, 69 ff.; Dällenbach S. 60; Caflisch S. 55.

⁵⁰ Menger S. 13 ff.; Rosenberg S. 465 ff.

⁵¹ Harras S. 512; Zumbühl S. 73; Steiner S. 97; Osterwalder S. 52; Braun ZDZP 50 S. 296.

⁵² Rosenberg S. 466; Fatzer S. 42; Zumbühl S. 70 ff.; Kries S. 157.

⁵³ Kleinfeller S. 463; Fischer S. 223.

⁵⁴ Bähr S. 341; Rigoletth S. 42.

⁵⁵ Menger S. 13; Harras S. 512; Rigoletth S. 42; Zumbühl S. 71; Walsmann S. 50 ff., 54.

mit eine Erneuerung des Rechtsstreites⁵⁶. Ihr Ziel liegt in der Bildung eines neuen Erkenntnisses⁵⁷ und zwar auf Grund eines eventuell veränderten Prozeßstoffes. Es findet eine Wiederholung des Materialbeschaffungsstadiums im zweitinstanzlichen Verfahren statt, so dass den Parteien Gelegenheit geboten ist, durch neues Vorbringen den Tatbestand zu ergänzen⁵⁸. So erhält das Berufungsurteil die Bedeutung eines neuen Urteils, eines novum iudicium⁵⁹, das nicht mit dem erstinstanzlichen Urteil in Beziehung gebracht werden kann, wenn es infolge einer Vervollständigung oder gar Erweiterung des Tatbestandes durch neues Vorbringen auf Grund einer völlig andern Aktengrundlage ergangen ist. Dies will nun aber nicht heissen, dass eine derartig ausgestaltete Berufung das erstinstanzliche Verfahren einfach aus der Welt schafft⁶⁰. Grundlage des Appellationsverfahrens ist das erstinstanzliche Prozessmaterial, das in die Appellationsinstanz übernommen wird⁶¹. Die Erfahrung lehrt, dass die Fälle, in denen die Parteien von der Möglichkeit, den Prozeßstoff zu vervollständigen und damit zu verändern, Gebrauch machen, die Ausnahme bilden⁶². Nur in den seltensten Fällen nimmt die Einwirkung einer Partei auf den Prozeßstoff derartige Ausmasse an, dass man mit Fug und Recht von einem neuen Verfahren sprechen kann⁶³. Einer derartigen Einwirkung sind durch das Wesen der Appellation, — die grundsätzlich als eine Ueberprüfung des erstinstanzlichen Verfahrens angesprochen werden muss und nur unter dem Drucke des Postulates der Erforschung des wahren Sachverhaltes die Erweiterung der Aktengrundlage gestattet — gewisse Grenzen gezogen. Bestimmte Parteihandlungen behalten denn auch für das Verfahren vor zweiter Instanz Geltung⁶⁴.

Ein solches Berufungsverfahren, in dem neues Vorbringen

⁵⁶ Bähr S. 34; Rosenberg S. 466; Osterwalder S. 32; Zumbühl S. 71.

⁵⁷ Osterwalder S. 32.

⁵⁸ Goetzinger ZSR n. F. 49 S. 244/245; Rigolet S. 42; Steiner S. 87; Fatzer S. 42; Osterwalder S. 33.

⁵⁹ Harras S. 512 ff.; Bähr S. 34; Rigolet S. 18; Osterwalder S. 33.

⁶⁰ Rigolet S. 18; Osterwalder S. 32.

⁶¹ Fatzer S. 42; Widmer S. 132.

⁶² Bähr S. 34/35; Harras S. 512 ff.

⁶³ Bähr S. 34/45; Harras S. 512 ff.

⁶⁴ Kleinfeller S. 463; Osterwalder S. 32; Kries S. 156; Wach, Vorträge S. 254; Fatzer S. 42; Zumbühl S. 70 ff.; Widmer S. 119; Schönke S. 305.

zugelassen ist, nennt man volle Berufung⁶⁵ im Gegensatz zur beschränkten Berufung, die nur Nachprüfung ist und jede Veränderung des dem Urteil zugrunde liegenden Tatbestandes ausschliesst.

3. Die Zulassung von Nova trotz beschränkter Berufung

Das Bestreben, der Berufung den Charakter einer Ueberprüfung des erstinstanzlichen Verfahrens zu wahren⁶⁶ und den Parteien das Recht auf einen zweifachen Instanzenzug, das durch die Neuverhandlung der zugelassenen Nova in der Appellation geschmälert wird, zu erhalten⁶⁷, trotzdem aber die Nachteile der beschränkten Berufung, den ihr anhaftenden ungerechten Formalismus, zu beseitigen, hat zu einer dritten Lösung des Problems der Berufung geführt. Diese besteht in der grundsätzlichen Zulassung von Nova, die aber nicht in der Appellationsinstanz verhandelt werden, sondern bewirken, dass die Streitsache wieder an die untere Instanz zurückgewiesen wird⁶⁸. Prozessökonomische Erwägungen lassen diese Regelung aber nicht als vorteilhaft erscheinen⁶⁹.

Eine weitere, viel häufiger anzutreffende Variation der Ausgestaltung der Berufung ist die, dass das Appellationsgericht bei der Geltendmachung von Nova entweder frei wählen kann, oder dann nach bestimmten, im Gesetz enthaltenen Kriterien zu entscheiden hat, ob es die Streitsache selbst neu verhandeln solle, oder zur wiederholten Verhandlung an die untere Instanz zurückzuweisen habe⁷⁰. Es ist dies eine typisch schweizerische Lösung des Problems. In der Praxis tendieren die Appellationsgerichte in der Regel darauf, die Neuverhandlung selbst durchzuführen.

⁶⁵ Walsmann S. 7, 236.

⁶⁶ Solus S. 667; Heusser S. 56.

⁶⁷ Solus S. 667; Garsonnet Bd. 6 S. 330; Glasson Bd. 3 No. 902.

⁶⁸ Heusler S. 175; Heusser S. 56; Harras S. 270.

⁶⁹ Die ZPO von Zug v. 3. 10. 1940 hat denn auch diese Bestimmung nicht mehr übernommen.

⁷⁰ Vgl. z. B. die ZPO von Basel-Stadt 237 III, Luzern 250 I, Neuenburg 386 b, Thurgau 288, Uri 278 III, Zug 206 I, Freiburg 514, Glarus 311, Aargau 332.

c) Nova als Revisionsgrund

Das Rechtsmittel der Revision verfolgt den Zweck, das rechtskräftige Urteil, das auf Grund einer falschen, d. h. den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechenden Aktengrundlage erlassen wurde, aufzuheben und durch ein neues zu ersetzen⁷¹. Es darf keine Divergenz zwischen Akten- und Tatsachengrundlage bestehen⁷². Eine falsche Aktengrundlage ist entweder gefälscht oder unvollständig, d. h. sie führt nicht alle für die Darstellung des wahren Sachverhaltes erforderlichen Momente auf. Um diese beiden Möglichkeiten gruppieren sich die Revisionsgründe als sogenannte «falsa» und «nova»⁷³.

Nova sind diejenigen nicht beigebrachten Tatsachen und Beweismittel, welche für die wahre Darstellung des Sachverhaltes erforderlich sind⁷⁴. Sie stellen einen Revisionsgrund dar, wenn sie ein rechtlich relevantes Vorbringen enthalten, das bereits vor Ausfällung des Urteils entstanden ist, aber aus irgend einem Grunde während der Prozesshängigkeit ohne Schuld der Partei nicht vorgebracht werden konnte⁷⁵. Ein Unterschied gegenüber dem zweitinstanzlichen Novenrecht besteht also lediglich darin, dass die Revision auf Grund von Nova sich gegen rechtskräftige Urteile richtet⁷⁶ und zeitlich deshalb viel weniger beschränkt ist als das zweitinstanzliche Novenrecht, dafür aber immer die subjektive Unmöglichkeit der früheren Geltendmachung als Zulassungsbedingung aufweist.

§ 2. Das Objekt des Novenrechtes

A. UMFANG

Entsprechend den Subjekten der Beschaffung des Prozessmaterials können verschiedene Arten von Nova unterschieden werden:

- a) Nova, die der Richter ex officio in den Prozess einführt;
- b) Nova, die die Parteien in den Prozess einführen;

⁷¹ Desbiolles S. 13; Bärswyl S. 20; Fatzer S. 63 ff.

⁷² Günthard S. 103; Desbiolles S. 15.

⁷³ Desbiolles S. 14; Fatzer S. 64; Caflisch S. 86 ff.

⁷⁴ Desbiolles S. 12 ff., 14; Günthard S. 103.

⁷⁵ Desbiolles S. 12.

⁷⁶ Bärswyl S. 19; Fatzer S. 83.

c) Nova, die der Richter auf Antrag der Parteien in den Prozess einführen kann¹.

Bei dieser dritten Art hat der Richter das Recht, nicht aber die Pflicht, solche von den Parteien angetragene Nova als Bestandteile des Prozeßstoffes anzunehmen.

Da wir das Novenrecht als Regelung der Zulässigkeit neuen Parteivorbringens umschrieben haben, ergibt sich, dass wir hier nur von den unter b) aufgeführten Nova sprechen, die der Richter, falls die gesetzlich statuierten Voraussetzungen gegeben sind, zulassen muss.

B. ART

I. Neues Vorbringen in bezug auf den Prozessgegenstand. Neue Begehren

Neues Vorbringen in bezug auf den Prozessgegenstand, auf das Rechtsbegehren und die in ihm enthaltene Rechtsbehauptung, nennt man *neue Begehren*². Stellt der Kläger oder Widerkläger ein neues Begehren, so ändert er damit seine Angaben über Inhalt und Umfang des Streitgegenstandes, über den er eine rechtskräftige Entscheidung durch Urteil will.

Ein zweitinstanzlich gestelltes Rechtsbegehren ist neu, wenn die in ihm liegende Rechtsbehauptung³ nicht mit derjenigen, die im erstinstanzlichen Verfahren Gegenstand des Prozesses war, identisch ist⁴. Die französische Zivilprozessrechtswissenschaft umschreibt den Begriff des neuen Begehrens wie folgt: Ein zweitinstanzliches Begehren ist neu, wenn ihm, falls es in einem neuen Prozess gestellt würde, die Einrede der abgeurteilten Sache nicht entgegengehalten werden könnte⁵.

Neue Rechtsbegehren können neben dem bisherigen kumulativ oder eventuell geltend gemacht werden, oder dieses ersetzen. Abgeänderte Begehren ersetzen das früher gestellte⁶.

¹ Vgl. z. B. ZPO Wallis 279; Vaud 553.

² Heusser S. 17; Hochuli S. 18—20; Erni S. 10.

³ Hochuli S. 20/21; Erni S. 10.

⁴ Vgl. Wach, Vorträge S. 262; Weiss S. 160.

⁵ Solus S. 667; Glasson Bd. 3 No. 902; Barazetti S. 121.

⁶ Analogieschluss zu: Die Art der Klageänderung vgl. Heusser S. 60; Ulrich S. 26. Es gilt dies nur, wenn die Abänderung zulässig ist. Bei Unzulässigkeit der Abänderung vgl. Sträuli 127 ZPO, A. 4, S. 228.

II. Neues Vorbringen in bezug auf den Prozeßstoff

Entsprechend der Funktion in bezug auf die richterliche Erkenntnistätigkeit wird das neue Vorbringen von Prozeßstoff in neue Behauptungen und neue Beweisantretungen unterschieden⁷.

1. Neue Behauptungen

a) Neue Behauptungen in bezug auf Tatsachen

Neue Tatsachen

Neues Vorbringen in bezug auf die Darstellung des Tatsächlichen des Streitfalles⁸ nennen wir *neue tatsächliche Behauptungen*⁹ oder kurz *neue Tatsachen*¹⁰. Mit dem Vorbringen von neuen Tatsachen erstreben die Parteien eine wirksamere Substanziierung der von ihnen gestellten Rechtsbegehren durch die Ergänzung ihrer bisherigen Darstellung des Sachverhaltes¹¹.

Tatsachen sind die konkreten, nach Raum und Zeit bestimmten vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse und Zustände der Aussenwelt und des menschlichen Seelenlebens, die die Rechtsordnung zur Voraussetzung ihrer Wirkungen gemacht hat¹².

Je nach ihrer Beziehung zu der prozessualen gerichtlichen Tätigkeit der Gegenpartei können die Behauptungen in bezug auf Tatsachen unterteilt werden in:

aa) Tatsächliche Behauptungen im engeren Sinn

Diese stehen in keiner Beziehung mit der gerichtlichen prozessualen Tätigkeit der Gegenpartei. Die Partei bringt sie von sich aus vor, ohne Provokation durch die Gegenpartei, weil sie sie für die Durchsetzung ihres Standpunktes als dienlich er-

⁷ Wach, Vorträge S. 204.

⁸ Sträuli S. 249.

⁹ Vgl. ZPO Zürich 317, Thurgau 287, Zug 205, Schwyz 158 II, St. Gallen 414 IV, Aargau 134.

¹⁰ Vgl. ZPO Basel-Land 130, Basel-Stadt 237, Luzern 250, Wallis 278 IV.

¹¹ Siegrist S. 85; Sträuli S. 246, 248; Wach, Vorträge S. 254.

¹² Rosenberg S. 381; Tuason S. 2; Siegrist S. 98; Weiss S. 157; Wach, Vorträge S. 227; Lutz S. 205.

achtet. Sie sind die Angriffsmittel tatsächlicher Natur und behaupten diejenigen Tatsachen, von deren Nachweis das Bestehen des Anspruches abhängt. Sie substantzieren die Klage¹³.

bb) Bestreitungen tatsächlicher Natur

Diese nehmen direkt auf das gegnerische Vorbringen Bezug. Sie werden durch die gegnerische Tätigkeit provoziert und bekämpfen die gegnerische Darstellung des Streitfalles als nicht den Tatsachen entsprechend. Sie sind Verteidigungsmittel materiellrechtlicher Natur und bedeuten eine Verneinung des tatsächlichen Klagegrundes des Gegners¹⁴.

cc) Einreden tatsächlicher Natur

Diese sind ebenfalls materiellrechtliche Verteidigungsmittel und nehmen direkt auf das gegnerische Vorbringen Bezug. Sie verneinen die gegnerische Darstellung nicht, enthalten also keine Bestreitung derselben, stellen ihr aber andere Tatsachen entgegen¹⁵, durch welche die aus ihr hergeleiteten Rechtsfolgen aufgehoben werden¹⁶. Sie bestreiten also die Rechtsfolgen¹⁷. Sie enthalten eine Vervollständigung und Ergänzung des gegnerischen Vorbringens durch neue Momente, die nach Ansicht der die Einreden vorbringenden Partei die Wirkung der gegnerischen Darstellung wieder aufheben.

Diese sogenannten *Sacheinreden* gliedern sich in Behauptungen von:

rechtshindernden Tatsachen, d. h. Tatsachen, welche die Entstehung des Rechtes hindern, wie z. B.: Handlungsunfähigkeit, Irrtum, Verstoss gegen die Sittlichkeit, gegen Treu und Glauben, Betrug, Furcht etc.;

rechtszerstörenden Tatsachen, d. h. Tatsachen, welche den entstandenen Rechtsanspruch wieder vernichten, wie z. B.: Erfüllung, Erlass, Vergleich etc.;

rechtshemmenden Tatsachen, d. h. Tatsachen, die einen an und für sich bestehenden Anspruch paralysieren, wie z. B.: die

¹³ Sträuli S. 246, 248.

¹⁴ Sträuli S. 248; vgl. Weiss S. 163.

¹⁵ Steiner S. 94 ff.; vgl. Weiss S. 163.

¹⁶ Pappafava S. 36.

¹⁷ Sträuli S. 249.

Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages, der Verrechnung, der Retention, der Verjährung etc.¹⁸.

Eine Tatsache wird in bezug auf das zweitinstanzliche Verfahren als novum betrachtet, wenn sie nicht Bestandteil des erstinstanzlichen Prozeßstoffes war¹⁹, und der Richter sie daher bei der Eruierung des Tatbestandes nicht berücksichtigen konnte.

b) Neue Behauptungen in bezug auf Erfahrungssätze

In seltenen Fällen vermögen die Parteien ihre Rechtsbegehren auch durch neue Behauptungen in bezug auf die Regeln der allgemeinen Lebenserfahrung und Bildung oder bezüglich besonderer Fachkenntnisse und Sachkunde in Kunst, Wissenschaft, Handwerk und Gewerbe, Handel und Verkehr recht erfolgreich zu substantzieren²⁰. Solches bisher nicht dem Prozeßstoff einverleibtes Vorbringen nennen wir neue Behauptungen in bezug auf Erfahrungssätze.

2. Neue Beweisantretungen

Neue Beweismittel

Neues Vorbringen, das den Richter von der Wahrheit tatsächlicher Behauptungen überzeugen soll, nennen wir neue Beweismittel²¹.

Beweismittel werden in folgenden zwei Fällen als Nova qualifiziert:

- a) wenn der Träger der Ueberlieferung, der körperliche Gegenstand, der dem Richter die sinnliche Wahrnehmung überliefert oder ermöglicht, neu ist²². Dieser ist für das Appellationsverfahren dann neu, wenn seine Bezeichnung durch die Parteien oder den Richter nicht schon während des erstinstanzlichen Verfahrens zeitig und in solcher Form erfolgt ist, dass sie vom Richter als Beweisantretung²³ für eine be-

¹⁸ Sträuli S. 249; Heusler S. 87.

¹⁹ Vgl. Erlanger S. 116; Leuch S. 285; Weiss S. 158; Pappafava S. 10, 14, 31; Widmer S. 119; Wach, Vorträge S. 254.

²⁰ Rosenberg S. 383; Tuason S. 11; Siegrist S. 86.

²¹ Schurter S. 115; Tuason S. 28.

²² Rosenberg S. 378; Wach, Vorträge S. 203.

²³ Siegrist S. 29.

stimmte Tatsache und daher zum Prozessmaterial gehörig erachtet werden musste²⁴.

- b) Wenn dieselben Träger der dem Richter zu überliefernden sinnlichen Wahrnehmung ein zweites Mal, aber in bezug auf einen neuen Feststellungstoff, benützt werden²⁵.

III. Neues Vorbringen in bezug auf das Verfahren Neues prozessuales Vorbringen

Die Parteien, die im Verfahren das Mittel zur Verwirklichung ihres Rechtes sehen, überwachen mit Argusaugen die Einhaltung aller Verfahrensbestimmungen. Neue Parteibehauptungen, die sich auf die Verletzung von verfahrenstechnischen Bestimmungen beziehen, nennen wir neue prozessuale Vorbringen²⁶.

Diese sind immer formeller Natur²⁷.

Unter prozessualen Vorbringen sind zu verstehen:

- a) die Geltendmachung des Nichtvorhandenseins von Prozessvoraussetzungen, der Bedingungen für das Zustandekommen des Prozessrechtsverhältnisses²⁸;
b) jeglicher Einspruch gegen die Verletzung oder Nichtbeachtung einer Verfahrensnorm²⁹.

Wir unterscheiden in bezug auf ihre Behandlung bei der Ausgestaltung des Novenrechtes:

- a) Vorbringen in bezug auf Prozessvoraussetzungen, d. h. in bezug auf die konstitutiven Elemente des Prozessrechtsverhältnisses, die von Amtes wegen zu untersuchen sind³⁰.
b) Vorbringen hinsichtlich Verfahrenstatsachen, die der Richter nur auf Antrag der Parteien zu berücksichtigen hat³¹.

²⁴ Siegrist S. 29; Widmer S. 119. Ueber neue Beweismittel vgl. Wach, Vorträge S. 256; Widmer S. 119; Erlanger S. 118.

²⁵ Rosenberg S. 378; Wach, Vorträge S. 256; Barazetti S. 120.

²⁶ Wir wählen diesen Begriff als Sammelbegriff jeglicher Verfahrensbestimmungen, ohne näher auf diese einzutreten. Vgl. dazu Heusler ZSR a. F. 41 S. 280; Hellwig, Lehrbuch 1. Bd. S. 143 ff., 176 ff., 2. Bd. S. 12 f.; Rosenberg S. 281 ff.; Guldener S. 146 ff.

²⁷ Böckli S. 126.

²⁸ Rosenberg S. 281 ff.

²⁹ Heusler S. 83 ff.; Rosenberg S. 280.

³⁰ Heusler S. 83 ff.; Rosenberg S. 280 ff.

³¹ Rosenberg S. 284 ff.

Prozessuales Vorbringen ist neu, wenn es in dieser Form nicht bereits schon in einem früheren Stadium des Prozesses vorgebracht worden ist.

IV. Neues Vorbringen in bezug auf die Rechtsanwendung

1. Neue Behauptungen in bezug auf Rechtssätze

Die Rechtsanwendung wird beherrscht vom Grundsatz: *Iura novit curia*³². Der Richter kennt das Recht und wendet es *ex officio* an. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird gemacht, wenn es sich um die Anwendung fremden Rechts³³, von dessen Inhalt der Richter keine sichere Kenntnis hat, handelt. Die daran interessierten Parteien haben das Recht, Abweichungen desselben vom hiesigen Rechte zu behaupten und nachzuweisen³⁴. Analog verhält es sich bei Orts- und Handelsbräuchen, sowie bei Gewohnheitsrecht³⁵. Eine Veränderung der Darstellung fremden Rechts, die als Grundlage für die richterliche Subsumptionstätigkeit angesehen werden muss, fällt unseres Erachtens nicht unter die Regeln des Novenrechtes, da sich diese nicht auf die Rechtsanwendung beziehen.

*2. Neue rechtliche Ausführungen*³⁶

Trotzdem die Rechtsanwendung Sache des Richters ist, ist sie auch immer Gegenstand von Parteibehauptungen, indem die Parteien versuchen, den Richter von ihrem Rechtsstandpunkt zu überzeugen. Die Parteien nehmen damit dem Richter die Subsumption des Tatbestandes unter die einschlägigen Gesetzesbestimmungen vorweg und suchen so diesen zu beeinflussen³⁷.

Rechtliche Ausführungen der Parteien sind neu, wenn sie in einem früheren Stadium des Prozesses nicht geltend gemacht wurden. Ihre Zulassung richtet sich unserer Ansicht nach ebenfalls nicht nach den Regeln des Novenrechtes.

³² Hasler S. 51; Tuason S. 14; Schurter S. 45; Sträuli S. 182, 249.

³³ Tuason S. 15.

³⁴ Siegrist S. 115; Schurter S. 49; Sträuli S. 183 ff., 275.

³⁵ Siegrist S. 87; Schurter S. 47 ff.; Sträuli S. 184, 275; Hasler S. 51.

³⁶ Sträuli S. 249.

³⁷ Tuason S. 14.

Die Gestaltungsmöglichkeiten des Novenrechtes in der Appellationsinstanz

Ein Verfahren mit ausgestaltetem Novenrecht bietet die höchstmögliche Garantie, dass der dem Richter unterbreitete Tatbestand mit den tatsächlichen Verhältnissen im Zeitpunkte der Urteilsfällung identisch ist¹. Es wirkt zudem in prozess-ökonomischer Hinsicht prophylaktisch², indem durch die Zulassung von neuem Vorbringen oft die Ergreifung des Rechtsmittels der Revision oder die Anstrengung eines neuen Prozesses verhindert werden kann³. In bezug auf das Novenrecht in der Appellation stehen diesen beiden bedeutenden Vorteilen folgende Nachteile gegenüber: Dem durch neues Vorbringen in der Appellationsinstanz Angegriffenen wird die Garantie einer zweiten Instanz entzogen⁴. Nova überraschen ihn und erschweren seine Verteidigungsstellung⁵. Die Zulassung von Nova bietet dem böswilligen Prozessverschlepper ein weites Tätigkeitsfeld⁶.

Das Wesen der Appellation ist letzten Endes in einer kritischen Ueberprüfung des erstinstanzlichen Verfahrens zu suchen⁷. Heusser, der wohl erbittertste Gegner des Novenrechtes, führt aus: «Es ist die Zulassung von Nova darum verwerflich, weil sie die Nachlässigkeit der Parteien bzw. ihrer Anwälte schützt und stärkt und besonders, weil sie die untere Instanz degradiert und ihr dadurch auch das Gefühl der Verantwortlichkeit schwächt»⁸. Diese Nachteile sind aber nicht so schwer-

¹ Heusser S. 1.

² Solus S. 670; vgl. Steiner S. 98; Widmer S. 117.

³ Widmer S. 125; Erlanger S. 115, 120.

⁴ Solus S. 667; Garsonnet 6. Bd. S. 330; Glasson 3. Bd. No. 902.

⁵ Popper S. 50/51; Erni S. 5 ff.; Heusser S. 53.

⁶ Steiner S. 97; anders Braun ZDZP 50 S. 298.

⁷ Solus S. 667.

⁸ Heusser S. 176. Vgl. dazu die Ausführungen der Gegner des Novenrechtes: Winkler SJZ 51 S. 52. Weisung zum Entwurf der Teilrevision des GVG und der ZPO des Kantons Zürich vom 20. 6. 1932 S. 68/69.

Ihre Argumente suchen die Befürworter des Novenrechtes zu entkräften: vgl. Bauhofer SJZ 29 S. 131 ff.; Osterwalder S. 52; Braun ZDZP 50 S. 298.

wiegend, dass sie eine Ausserachtlassung der Vorteile, die das Novenrecht bietet, durch dessen Ablehnung rechtfertigen würden. Das Interesse an der Verwirklichung des materiellen Rechts allein steht hoch über den mit dem Novenrecht verknüpften Gefahren und Nachteilen, dies umsomehr, als sich die letzteren durch eine wohldurchdachte, abgewogene und zweckmässige Ausgestaltung desselben auf ein Minimum einschränken lassen.

Wir gelangen zu den Gestaltungsmöglichkeiten des Novenrechtes durch eine Uebersicht über die Möglichkeiten und Mittel, die dem Gesetzgeber bei einer grundsätzlich befürworteten Ausgestaltung des Novenrechtes zur Sicherung eines geordneten Verfahrens zur Verfügung stehen. Das Resultat dieses Vorgehens ist ein System von Schranken der Zulassung neuen Vorbringens, das in der Folge zugleich kritisch betrachtet wird.

§ 3. System der Schranken der Zulassung neuen Vorbringens in der Appellation

I. Direkte Schranken

Die direkten Schranken regeln die Zulassung der Nova unmittelbar und lassen sich einteilen in:

A. MATERIELLE SCHRANKEN⁹

Die materiellen Schranken stellen qualitative Voraussetzungen zur Zulassung des neuen Vorbringens auf.

1. Schranken in bezug auf die Einwirkungsintensität der Nova auf den erstinstanzlichen Prozessgegenstand

Jedes neue rechtlich erhebliche Vorbringen hat eine Veränderung der Prozesslage zur Folge. Je nach der Art dieser Veränderung unterscheiden wir zwei grundsätzliche Arten von neuem Vorbringen.

⁹ Schrutka, zitiert bei Pappafava S. 24, unterscheidet ebenfalls materielle und formelle Schranken des Novenrechtes.

a) *Nova, die eine Veränderung des Prozessgegenstandes bewirken*

Das neue Vorbringen kann auf den Prozessgegenstand so stark einwirken, dass es ihn verändert. Da die Klage als der materielle Inhalt des Rechtsschutzgesuches und damit als Prozessgegenstand betrachtet werden kann¹⁰, bedeutet jede Veränderung des Prozessgegenstandes eine Klageänderung¹¹, indem sie zur Berichtigung, Reduktion, Erweiterung, Ergänzung oder Vertauschung von *Klagegründen* und *Rechtsbegehren*, der beiden Elemente der Klage, führt¹².

Nova, die zu einer Klageänderung führen, sind *neue Begehren*, da sie das Rechtsbegehren abändern¹³;

neue Tatsachen nur dann, wenn sie zu einer Aenderung des Klagegrundes führen. Unter Klagegrund verstehen wir das rechtlich relevante Tatsachenverhältnis, das vom Kläger in jedem Prozess vorgebracht werden muss, um das Begründetsein seines Klageanspruches zu rechtfertigen¹⁴. Aenderung des Klagegrundes bedeutet Aenderung des tatsächlichen Vorganges, der der Klage zugrunde liegt¹⁵.

In bezug auf die Einwirkungsintensität der Nova kann noch zwischen *qualitativer* und *quantitativer* Veränderung des Prozessgegenstandes unterschieden werden. Bei der *qualitativen Veränderung* verändert sich der Prozessgegenstand tiefgreifend, so dass der Richter den Prozeßstoff nach neuen Kriterien zu bewerten und den ermittelten Tatbestand anderen Rechtsregeln zu subsumieren hat. Bewirkt das neue Vorbringen nur eine *quantitative Veränderung* des Streitgegenstandes, indem z. B. lediglich der eingeklagte Schadenersatzbetrag ziffernmässig erhöht wird, so bleibt das ursprüngliche Rechtsbegehren in qualitativer Hinsicht bestehen. Der Rechtsstreit ändert sich nicht in seinem Fundament, sondern nur in seinem Ausmass.

¹⁰ Heusser S. 8; Erni S. 10.

¹¹ Erni S. 9, 18.

¹² Heusser S. 5, 8; Erni S. 12; von Wyss SJZ 11 S. 329.

¹³ Erni S. 19; von Wyss SJZ 11 S. 329; Heusser S. 11—22.

¹⁴ Wetzell S. 149; Leuch S. 114; Erni S. 14/15; Barazetti S. 112; Erlanger S. 109 ff.; Widmer S. 126 ff.

¹⁵ Heusser S. 5, 9; Widmer S. 126 ff.; Erni S. 18.

Da das Problem der Klageänderung in der Berufungsinstanz ein Teilproblem des Novenrechtes ist, sind die Vor- und Nachteile der Zulassung der Klageänderung im wesentlichen dieselben wie diejenigen der Zulassung von neuem Vorbringen ganz allgemein. Sie führen uns dazu, die Zulässigkeit der Klageänderung nicht grundsätzlich, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen zu befürworten.

Die Klageänderung ist zuzulassen, wenn:

1. die Gegenpartei in die Aenderung des Rechtsbegehrens einwilligt und damit das Risiko einer Schwächung ihrer Verteidigungsstellung auf sich nimmt¹⁶;
2. ein mit dem ursprünglich geltend gemachten im Zusammenhang stehender weiterer Anspruch erhoben wird¹⁷;
3. nach dem Ermessen des prozessleitenden Richters dadurch eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht erfolgt¹⁸. (Dies ist z. B. bei einer rein quantitativen Veränderung des Anspruches der Fall);
4. gestützt auf den gleichen Klagegrund an Stelle des ursprünglichen ein anderes Rechtsbegehren erhoben wird¹⁹;
5. es sich um ein Kompensationsbegehren handelt²⁰.

Eine in dieser Weise ausgestaltete Klageänderung trägt in hohem Masse zur Verwirklichung des wahren Rechts bei und wirkt zudem als prozeßsparendes Institut²¹.

*b) Nova, die eine Erweiterung der Substanziierung
des Prozessgegenstandes bezwecken*²²

Das neue Vorbringen kann lediglich in einer Ergänzung, Bereicherung und Präzisierung des Prozeßstoffes bestehen. Es untermauert damit das zur Stützung des Rechtsbegehrens bereits früher vorgebrachte Prozessmaterial, ohne den Inhalt der Klage zu berühren.

¹⁶ Heusser S. 13.

¹⁷ Widmer S. 125; Heusser S. 14 ff.

¹⁸ Leuch zu 94 ZPO Bern, Heusser S. 14 ff.

¹⁹ Heusser S. 13; Lutz SJZ 28 S. 324 ff.

²⁰ Gegenbegehren des Beklagten.

²¹ Vgl. Motive z. E. BG über den BZP v. 14. 3. 1947, BB I 47 S. 996.

²² Wach, Vorträge S. 254; Sträuli S. 248, 248.

Nova, die lediglich eine bessere, erweiterte Substanziierung des Prozessgegenstandes zur Folge haben, sind in der Regel *neue Tatsachen* und *neue Beweismittel*.

Wir unterscheiden dabei:

aa) Nova, die zu einer Ergänzung des erstinstanzlichen Aktenmaterials führen

Sie stellen den weitaus grössten Teil des neuen Vorbringens dar und dienen der nachträglichen Rechtfertigung der im Rechtsbegehren an das Gericht gestellten Anträge²³. Sie sind unseres Erachtens unbedingt zuzulassen, um das Verfahren anpassungsfähig an den wahren Tatbestand zu gestalten²⁴.

bb) Vorbringen, das eine blosser logische Folgerung aus dem erstinstanzlichen Prozeßstoff darstellt

Solches Vorbringen ist bereits im bisherigen Aktenmaterial enthalten und wird nun als Resultat einer logischen Folgerung, einer Denkoporation, zum selbständigen Bestandteil des Prozeßstoffes erhoben. Es enthält damit nichts wirklich Neues, weshalb wir ihm das Begriffsmerkmal des «novum» absprechen.

2. Schranken in bezug auf die einzelnen Kategorien von Nova

Kriterien für diese Unterteilung der Nova sind die Art, die Natur und die Funktion des neuen Vorbringens.

a) Neue Begehren

Neue Begehren führen immer zu einer Klageänderung. Je nach der Intensität der Einwirkung der neuen Begehren auf den erstinstanzlichen Prozeßstoff kann nun die Zulassung derselben in der Appellation einer verschiedenen Regelung unterliegen.

aa) Die Einschränkung des Rechtsbegehrens ist allgemein zulässig, da die Preisgabe eines Teiles des Rechtsbegehrens als Abstand bezüglich dieses Teiles der Klage anzu-

²³ Hochuli S. 20.

²⁴ Motive z. E. BG über den BZP v. 14. 3. 1947, BBl I 47 S. 995.

sehen ist²⁵. Sie kann entweder in der Weglassung einzelner Begehren oder Posten, der Reduktion des Quantitativs²⁶, oder auch in der Stellung eines andern Rechtsbegehrens liegen, das seinem wesentlichen Inhalt nach gegenüber dem ursprünglichen als das mindere und daher in diesem inbegriffen erscheint²⁷.

bb) und cc) Die Ersetzung, sowie die Erweiterung
des Rechtsbegehrens

werden dagegen als unzulässige Klageänderungen angesehen²⁸, sofern nicht eine der oben angeführten zahlreichen und umfassenden Ausnahmen zutrifft.

b) Neue Tatsachen

aa) Schranken in bezug auf die Form der Geltendmachung
von Tatsachen

Die Zulassung von neuen Tatsachen (auch von Erfahrungstatsachen) ist, unabhängig davon, ob es sich um neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen oder Einreden handelt, zu befürworten.

bb) Schranken in bezug auf die Rechtserheblichkeit
der Tatsachen

α) Rechtlich erhebliche Tatsachen

Erhebliche Tatsachen sind solche, die sich auf diejenigen Tatumstände beziehen, an die die Rechtsordnung den Eintritt der in der Rechtsbehauptung bezeichneten Wirkungen knüpft²⁹.

β) Rechtlich unerhebliche Tatsachen

Dem gesetzlich statuierten Ausschluss von rechtlich unerheblichen Tatsachen kommt praktisch keine Bedeutung zu, da sie

²⁵ Erlanger S. 114; Erni S. 19; Heusser S. 11.

²⁶ Sträuli S. 226; Popper S. 52; Heusser S. 12.

²⁷ Sträuli S. 226/227; Popper S. 52; Heusser S. 12; Erni S. 19.

²⁸ Sträuli S. 227; Heusser S. 12; Popper S. 52 ff.; Erni S. 20; Widmer S. 123; Erlanger S. 115.

²⁹ Rosenberg S. 376, 382; Althaus S. 7; Tuason S. 3 ff. Ueber die Relevanz der Tatsachen vgl. ferner: Schurter S. 53 ff.; Hasler S. 52 ff.; Siegrist S. 94 ff.

die richterliche Entscheidung des Rechtsstreites nicht beeinflussen.

c) Neue Beweismittel

Für eine unterschiedliche Regelung in der Zulassung der einzelnen Beweismittel finden wir keine tiefere Begründung, es sei denn, dass die Schwere des Verstosses gegen die Prozessökonomie entscheidet. Darnach würden Nova, die ein weiteres Beweisverfahren notwendig machen, ausgeschlossen, Nova, die sogleich nachgewiesen werden können, aber zugelassen. Beweismittel, die sich auf rechtlich unerhebliche Tatsachen beziehen und daher selbst unerheblich sind, können kraft des richterlichen Rechts der Beweismittelbeschränkung, des richterlichen Souveränitätsrechtes, zurückgewiesen werden³⁰.

d) Neue prozessuale Vorbringen

Das grosse Interesse des Staates an einem geordneten Verfahren lässt es zweckmässig erscheinen, die Zulassung von neuen Behauptungen hinsichtlich der Verletzung von Verfahrensbestimmungen besonders zu regeln.

- aa) Vorbringen hinsichtlich Prozessvoraussetzungen, die der Richter von Amtes wegen zu überprüfen hat, sollten in jedem Zeitpunkt des Verfahrens nachgebracht werden können³¹.
- bb) Vorbringen hinsichtlich Verfahrenstatsachen, die der Richter nur auf Antrag der Parteien zu berücksichtigen hat, auf deren Geltendmachung die Parteien also verzichten können, kann den Regeln des Novenrechtes unterstellt werden. Infolge seiner tiefen Einwirkung auf das bisherige Verfahren ist es jedoch ratsam, es nur bei subjektiver Unmöglichkeit der Geltendmachung in einem früheren Stadium des Prozesses zuzulassen³².

³⁰ Stiffler S. 1, 25 ff.

³¹ Pappafava S. 36; Barazetti S. 115.

³² Rosenberg S. 285; Schönke S. 305; Barazetti S. 114 ff.

3. *Schranken in bezug auf den Zeitpunkt der Kenntnis der Nova durch die Partei und damit in bezug auf das Verschulden der Partei bei nachträglichem Vorbringen.*

Ein Verschulden liegt dann vor, wenn eine Partei die ihr in einem früheren Stadium des Prozesses offenstehende Möglichkeit zur Beibringung des in Frage stehenden Prozessmaterials nicht ergriffen hat.

Nehmen wir das Verschulden der Parteien als Kriterium für die Regelung der Zulassung von Nova, so unterscheiden wir folgende Fälle:

a) Kenntnis der Nova in einem Zeitpunkt, in dem für ihre Beibringung im erstinstanzlichen Verfahren keine Möglichkeit mehr besteht.

Es lässt sich aber denken, dass der Nachweis, dass die Kenntnis der Nova spät erfolgt sei, nicht genügt. Die Zulassung des neuen Vorbringens kann zudem noch vom *Nachweis der sorgfältigen Prozessführung* abhängig gemacht werden. Nur wenn dieser erbracht wird, kann angenommen werden, dass die Parteien kein Verschulden an der verspäteten Kenntnis der Nova trifft. Es ist hier aber noch darauf hinzuweisen, dass die *nachlässige Prozessführung* nicht immer die Ursache der verspäteten Kenntnis des Vorbringens ist. Nova können z. B. erst während des Prozesses entstehen.

b) Kenntnis der Nova in einem Zeitpunkt, in dem ihre Beibringung im erstinstanzlichen Verfahren noch möglich war

Hier liegt in allen Fällen ein Verschulden der Parteien vor. Je nach der Art des Verschuldens kann die Zulassung der Nova wiederum differenziert werden.

aa) Absichtliches Aufsparen des Vorbringens

Die Ziele eines solchen Verhaltens einer Partei sind entweder die möglichst lange Hinausschiebung des Urteils durch Sabotage, Prozessverschleppung und Trölerei, oder Beeinträchtigung

der Verteidigungsmöglichkeiten des Gegners durch überraschendes neues Vorbringen im letzten Moment³³. Solches Vorbringen vor der Appellationsinstanz ist zurückzuweisen.

bb) Nachträgliches Vorbringen infolge Nachlässigkeit

Wenn schon das Verschulden der nachlässigen Partei ein ungleich geringeres ist, sollte es doch geahndet werden, um die Parteien im Interesse des Verfahrenszieles der Prozessökonomie zu einer sorgfältigen Prozessführung anzuhalten.

Ein mancherorts ausgebildetes Prozessinstitut, das der Ahndung von Verstößen gegen den geordneten Gang des Verfahrens dient, ist *die richterliche Befugnis, Nova zurückzuweisen*. Sie erlaubt dem Richter jederzeit, Nova zurückzuweisen, wenn diese mit Absicht oder aus Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht wurden³⁴.

4. *Schranken in bezug auf den Zeitpunkt der Entstehung der Nova.*

a) *Entstehung der Nova in einem Zeitpunkt, in dem für ihre Bebringung im erstinstanzlichen Verfahren keine Möglichkeit mehr besteht*³⁵

Wir sprechen hier von der objektiven Unmöglichkeit der früheren Geltendmachung der Nova. Solche Nova sind zuzulassen, da sie oft einen zweiten Prozess ersparen, indem bei ihrem Ausschluss ein Urteil ergehen würde, das nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen entspräche. Es liegt in diesen Fällen zudem kein Verschulden der Parteien vor.

b) *Entstehung der Nova in einem Zeitpunkt, in dem ihre Bebringung im erstinstanzlichen Verfahren noch möglich war*³⁶

Sie ist Voraussetzung für die Möglichkeit der früheren Geltendmachung der Nova. — Der Zeitpunkt der Entstehung der Nova sollte aber nicht zum Kriterium ihrer Zulassung erhoben

³³ Vgl. Braun ZDZP 50 S. 296 ff.

³⁴ Vgl. Wach, Grundfragen S. 93 ff.; Stiffler S. 27 ff., 36 ff.; Rosenberg: Das neue Zivilprozessrecht; ZDZP 58 S. 292 ff.

³⁵ Weiss Egon S. 158 ff.

³⁶ Weiss Egon S. 158.

werden, da er nichts über das Verschulden der Parteien aussagt. Er ist dagegen entscheidend für die Möglichkeit der Revision, indem nur Tatsachen, die vor dem erstinstanzlichen Urteil entstanden sind, einen Revisionsgrund abgeben³⁷.

B. FORMELLE SCHRANKEN

Der Zeitpunkt der Geltendmachung der Nova in der Appellationsinstanz

Die Besonderheiten des Appellationsverfahrens sprechen für eine zeitlich enge Begrenzung der Zulassung von Nova in der Appellationsinstanz³⁸.

a) Das Erfordernis der Geltendmachung der Nova in der Appellationserklärung oder in einer speziellen Eingabe bis zu einem vom Gesetze bestimmten Termin

Im Appellationsverfahren ist, wenn es auch eine mündliche Hauptverhandlung aufweist, das Prinzip der Unmittelbarkeit stark abgeschwächt und vielfach durchlöchert. Die Richter erarbeiten sich ihre Kenntnis des Rechtsstreites durch Aktenstudium vorgängig der Appellationsverhandlung und bilden sich in der Regel dabei bereits ihr Urteil³⁹. Die Anführung der Nova in der Berufungserklärung oder in einer speziellen Eingabe ermöglicht es einerseits dem Richter, die Nova bereits beim Aktenstudium zu verarbeiten und damit bei der Gewinnung seines Standpunktes zu berücksichtigen⁴⁰ und anderseits dem Prozessgegner, auf das neue Vorbringen zu antworten. Werden die Nova dagegen erst in der Appellationsverhandlung vorgebracht, so werden Richter und Gegner durch allfällige Veränderungen des Tatbestandes überrascht. Der Richter ist aus psychologischen Gründen oft nur schwer zu bewegen, von seiner vorgefassten Meinung abzulassen und der veränderten Tatsachenlage

³⁷ Weiss Egon S. 158.

³⁸ Osterwalder S. 53.

³⁹ Wieland SJZ 22 S. 273; Edlin SJZ 29 S. 181.

⁴⁰ Edlin SJZ 29 S. 180 ff.

Rechnung zu tragen⁴¹. Dem Gegner fehlen oft Zeit und Mittel, sich gegenüber dem neuen Vorbringen wirksam zu verteidigen. — Eine solche Regelung verstösst zudem gegen den Verfahrensgrundsatz der Prozessökonomie⁴².

Der Verstoss gegen die Vorschrift der Anführung der Nova in der Berufungserklärung oder in einer speziellen Eingabe kann nun entweder *die materielle Verwirkung des Rechts, Nova vorzubringen* zur Folge haben⁴³, oder als *Ordnungsvorschrift* bloss formeller Natur sein⁴⁴, und eine *finanzielle Belastung der fehlbaren Partei* in Form der *Kostentragung* oder einer *Ordnungsbusse* nach sich ziehen.

b) Die Zulassung der Nova bis zum Abschluss der Parteivorträge in der Appellationsinstanz

Sie ist aus den oben genannten Gründen grundsätzlich abzulehnen. Nur wenn die Parteien ohne Verschulden die Nova nicht in der Appellationserklärung oder einer speziellen Eingabe vor der Appellationsverhandlung vorbringen konnten, ist sie zu befürworten.

c) Die Geltendmachung der Nova nach Abschluss der Parteivorträge in der Appellationsinstanz

Ein Verfahren kann nicht durch immer wieder eingebaute neue Garantien zur Verwirklichung des materiellen Rechtes verlängert werden. Die Zulassung der Nova in diesem Verfahrensstadium muss an äusserst strenge und einschränkende Bedingungen geknüpft werden (vgl. b).

II. Indirekte Schranken

Die indirekten Schranken führen zu einer finanziellen Belastung der Nova vorbringenden Partei. Indem davon ausgegangen wird, dass jedes neue Vorbringen eine Verlängerung des

⁴¹ Edlin SJZ 29 S. 180, 181, 216; Wieland SJZ 22 S. 274/75; Wild SJZ 29 S. 214.

⁴² Wild SJZ 29 S. 214; Wieland SJZ 22 S. 275; Edlin SJZ 29 S. 216.

⁴³ Sträuli S. 454 ff.

⁴⁴ Leuch S. 225.

Prozesses mit sich bringt, wurden die indirekten Schranken aufgestellt, um die Parteien zu einer sorgfältigen und umsichtigen Prozessführung anzuhalten⁴⁵.

A. DIE KOSTENTRAGUNG

Völki charakterisiert die Kostentragung, die in unserem Falle als ausserordentliche bezeichnet wird — im Gegensatz zu der ordentlichen, die als sinngemässe Folge der richterlichen Entscheidung der Streitsache angesprochen werden darf —, wie folgt: «Die ausserordentliche Kostentragung stellt ein wirksames Mittel gegen Prozessmissbrauch und Trölerei dar. Sie charakterisiert sich als Milderung der Erfolgshaftung des im Prozess Unterliegenden, indem diejenigen Kosten, die teils durch objektiv, teils durch subjektiv prozesswidriges Verhalten der Parteien entstanden sind, nicht in die Ersatzpflicht des Unterliegenden einbezogen werden, sondern der Partei zur Last fallen, die sie verursacht oder verschuldet hat⁴⁶.» — Unter ein solches teils objektiv, teils subjektiv prozesswidriges Verhalten ist nun die Geltendmachung von Nova zu rechnen, als einer der speziellen Tatbestände der ausserordentlichen Kostentragung.

Die ausserordentlichen Kosten setzen sich zusammen aus:

1. den Mehrkosten des Gerichtes, plus
2. den ausserordentlichen Mehrkosten des Prozessgegners.

Der Gesetzgeber kann die Kostentragung *unabhängig vom Verschulden der Parteien* ausgestalten, indem er im Vorbringen von Nova ganz allgemein ein objektiv prozesswidriges, d. h. den natürlichen und möglichst raschen Prozessablauf hinderndes Verhalten der Partei erblickt⁴⁸. Er statuiert damit die Pflicht der Parteien, sämtliche Angriffs- und Verteidigungsmittel bis zum Abschluss des erstinstanzlichen Materialbeschaffungsstadiums vorzubringen als Ordnungsvorschrift⁴⁹, der infolge der

⁴⁵ Vgl. Stiffler S. 34; Klaus S. 9.

⁴⁶ Völki S. 172; Stiffler S. 34.

⁴⁷ Völki S. 19—40; Sträuli S. 457.

⁴⁸ Völki S. 172/173.

⁴⁹ Völki S. 175.

Sanktion der Kostentragung, die an ihre Verletzung geknüpft ist, der Charakter einer Präventivmassnahme zugeschrieben werden darf⁵⁰.

Die Kostentragung kann aber auch *als Schuldhaftung* ausgestaltet werden⁵¹. Nur wenn die Parteien den Richter zu überzeugen vermögen, dass sie an der Verspätung des Vorbringens kein Verschulden trifft, werden ihnen die dadurch verursachten Mehrkosten nicht automatisch auferlegt. Es lässt sich hier noch eine Differenzierung des Verschuldens denken in vorsätzliche Aufsparung der Nova für die zweite Instanz und nachträgliches Vorbringen der Nova infolge Nachlässigkeit in der Prozessführung. Wir sind jedoch der Auffassung, dass jegliches Verschulden, auch blosse Fahrlässigkeit, die Verfallung der Parteien in die durch das verspätete Vorbringen verursachten Mehrkosten genügend rechtfertigt.

B. DIE ORDNUNGSBUSSE

Die Ordnungsbusse ahndet Verstösse gegen den geordneten, normalen Ablauf des Verfahrens. Sie ist eine Sanktion, die an die Verletzung von Prozessvorschriften gebunden ist, soll ein rechtsgemässes Verhalten des Betroffenen herbeiführen und zugleich ganz allgemein für die Zukunft ein solches erwirken⁵². Sie ist eine Disziplinar-massnahme gegen eine Partei⁵³, trägt den Charakter einer Ungehorsamsstrafe und hat daher immer ein *Verschulden* zur Voraussetzung. Ihre Höhe richtet sich nach von Gesetz oder Praxis festgelegten Tarifen. Diese sind in der Regel sehr niedrig, so dass die Bedeutung der Ordnungsbusse als Präventivmittel gegen die ungerechtfertigte Geltendmachung von Nova nicht überschätzt werden darf⁵⁴.

⁵⁰ Vgl. Stiffler S. 34.

⁵¹ Völki S. 177.

⁵² Klaus S. 9.

⁵³ Klaus S. 8.

⁵⁴ Akeret S. 68.

III. Kumulierung der Schranken

Die indirekten Schranken sind wohl die geeignetsten Gestaltungsmittel des Novenrechtes, da sie dessen Möglichkeiten zur Verwirklichung des materiellen Rechts nicht vermindern. Ihre Wirksamkeit ist aber nicht allzugross⁵⁵, da sie in der Mehrzahl der Fälle ein prozesswidriges Verhalten nicht zu verhindern, sondern nur zu bestrafen vermögen⁵⁶. Wir kommen damit zum Ergebnis, dass jede zweckmässige Ausgestaltung des Novenrechtes das Resultat einer Kombination der hier untersuchten direkten und indirekten, materiellen und formellen Schranken sein wird⁵⁷. Das Ausmass der Zulassung der Nova ist daher nur ersichtlich, wenn wir die Gestaltung des Novenrechtes als Ganzes, als Einheit, betrachten. Nur so können wir zwischen Zivilprozessordnungen mit prinzipieller Zulassung der Nova, mit beschränkter Zulassung oder mit Ausschluss der Nova unterscheiden. Die hier vorgenommene Analyse des Novenrechtes, die Sezierung seiner einzelnen organisatorischen und verfahrenstechnischen Gestaltungsmöglichkeiten allein ermöglicht uns aber eine präzise Charakterisierung der Lösung eines einzelnen Verfahrens.

⁵⁵ Akeret S. 68.

⁵⁶ Stiffler S. 34.

⁵⁷ Stiffler S. 34.

Die Gestaltung des Novenrechtes in den ausländischen Zivilprozessordnungen, die die schweizerischen Lösungen beeinflussen

§ 4.

A. DER GEMEINE PROZESS

Im älteren gemeinen Prozess hatte die Appellation rescissorische Kraft¹: sie versetzte den Rechtsstreit in die Lage zurück, in der er sich zur Zeit der *litis contestatio* befunden hatte. Das Appellationsverfahren war somit *novum iudicium* und das Vorbringen von neuen Tatsachen und Beweismitteln zulässig². Der spätere gemeine Prozess schränkte dann das Novenrecht ein. Wollte nach dem jüngsten Reichsabschied eine Partei im Appellationsverfahren neue Tatsachen und Beweismittel geltend machen, so hatte sie den *Noveneid*³ zu schwören. Dieser, in der Form eines *Calumnieneides*⁴ abzulegende Eid, ging dahin, «dass er (der Appellant) seines angegebenen neuen An- und Vorbringens in erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt oder solches dormalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nötig erachtet, nunmehr aber davor halte, dass solches Alles zur Erhaltung seines Rechtes dienlich und notwendig seie»⁵.

Die Befugnis des Appellanten, in der Appellationsinstanz neue Tatsachen und Beweismittel geltend zu machen, wurde als «*beneficium nondum deducta deducendi nondum probata probandi*» oder kürzer als «*beneficium novorum*» bezeichnet⁶.

Schon der gemeine Prozess war der Ansicht, «dass die Appellation den Sieg des materiellen Rechts durch Erneuerung des Rechtsstreites, bei welcher sonach das in der untern Instanz

¹ Linde, Handbuch Bd. 4 § 137.

² Linde, Handbuch Bd. 4 § 137.

³ Wetzell S. 755; Linde, Handbuch Bd. 4 S. 493.

⁴ Wetzell S. 755; Menger S. 65.

⁵ Wetzell S. 755; J. R. A. § 73; Linde, Handbuch Bd. 4 S. 493.

⁶ Wetzell S. 753 ff.

Ausgelassene um desswillen nicht auszuschliessen sei, vermitteln solle»⁷.

Betrachten wir den Wortlaut dieses Eides, so stellen wir fest, dass er sehr dehnbar abgefasst ist und insbesondere dem subjektiven Moment einen weiten Spielraum einräumt⁸. Wir gehen kaum fehl, wenn wir die Wirkung des Noveneides so verstehen, dass lediglich ein Verschulden der Partei zum Ausschluss der Nova führen soll und die Zulassung neuen Vorbringens im gemeinen Prozess nach dem jüngsten Reichsabschied als beschränkte charakterisieren⁹.

B. DER FRANZÖSISCHE CODE DE PROCEDURE CIVILE VON 1806

Der französische Code de Procédure Civile unterscheidet hinsichtlich der Zulassung von neuem Vorbringen streng zwischen *demandes nouvelles*¹⁰ und *moyens nouveaux*¹¹, zwischen neuen Begehren und neuen Angriffs- und Verteidigungsmitteln (Tatsachen und Beweismitteln).

*a) Das Verbot der Stellung neuer Begehren in der Appellationsinstanz*¹²

Der Art. 464 C. P. C. stellte ein grundsätzliches Verbot der Stellung von neuen Begehren in der Appellationsinstanz auf. Er baut sich auf dem Grundsatz: *tantum devolutum quantum appellatum* auf¹³. Solus führt dazu aus: «Une demande pouvait donc être nouvelle soit par son objet¹⁴, soit par sa cause, soit par le changement des parties ou par le changement de qualité des parties¹⁵.» — Damit ist der Begriff der «demande» theoretisch dem der Klage gleichzusetzen. Solus führt dann zur

⁷ Renaud S. 504.

⁸ Vgl. Bar S. 86 ff.

⁹ Vgl. Bar S. 86 ff.; Menger S. 66.

¹⁰ Art. 464 C. P. C.; Solus S. 667 ff.; Glasson Bd. 3 Nr. 902.

¹¹ Solus S. 668; Glasson Bd. 3 Nr. 902; Garsonnet Bd. 6 Nr. 173.

¹² Solus S. 667; Glasson Bd. 3 Nr. 902.

¹³ Garsonnet Bd. 6 S. 330; Solus S. 670; Glasson Bd. 3 Nr. 902,

¹⁴ Dalloz et Vergé: C. P. C. 464 Nr. 52 ff.

¹⁵ Solus S. 667; Glasson Bd. 3 Nr. 902; Garsonnet Bd. 6 Nr. 173.

heutigen Regelung des Problems der «demande nouvelle» aus: «Le décret-loi du 30. 10. 1935 a apporté un correctif important à la notion traditionnelle de demande nouvelle, en éliminant la nouveauté par la cause. Ajoutant, en effet, un alinéa à l'art. 464 C. P. C. le décret-loi de 1935 a décidé: «ne pourra être considérée comme nouvelle la demande procédant directement de la demande originaire et tenant aux mêmes fins, bien que se fondant sur des causes ou des motifs différents¹⁶.»

Durch die Revision des Art. 464 C. P. C. wurde also der Begriff der «demande nouvelle» eingeschränkt und dadurch das Novenrecht erweitert, indem heute eine Aenderung des Klagegrundes ohne gleichzeitige wesentliche Aenderung des Rechtsbegehrens erlaubt ist.

Vom prinzipiellen Ausschluss von neuen Rechtsbegehren wird aber eine Reihe von Ausnahmen gemacht: «La loi apporte elle-même de très nombreuses exceptions dans les articles 464 et 466^{17, 18}.»

b) Die unbeschränkte Zulassung neuer Tatsachen und Beweismittel

Garsonnet umschreibt den Begriff des «moyen nouveau» wie folgt: «Les moyens nouveaux sont les faits et arguments proposés pour la première fois devant le tribunal d'appel, à l'appui des demandes déjà formées en première instance¹⁹.» Von der Wirkung des neuen Vorbringens ausgehend, kommt Solus zu folgendem Resultat: «Le moyen nouveau c'est ce qui peut permettre de justifier une demande sans la modifier, sans en chan-

¹⁶ Solus S. 668.

¹⁷ Vgl. dazu die Listen der Ausnahmen bei Solus S. 669 ff.; Garsonnet Bd. 6 Nr. 176, 177; Glasson Bd. 3 Nr. 903 S. 378.

¹⁸ Ausnahmen werden gemacht: wenn das neue Begehren gegenüber der Hauptklage ein Verteidigungsmittel darstellt, 464 I; wenn es sich um ein Kompensationsbegehren handelt, 464 I; wenn der Gegner in die Stellung des neuen Begehrens einwilligt; wenn es sich um rückständige Mietzinse etc. handelt, 464 II; wenn es sich um seit dem erstinstanzlichen Urteil entstandene Schadenersatzansprüche, die auf demselben Rechtsgrund wie die Hauptklage basieren, handelt, 464 II; wenn es sich um ein neues Rechtsbegehren eines erstmals intervenierenden Dritten, der die «tierce-opposition» ergreifen könnte, handelt, 466.

¹⁹ Garsonnet Bd. 6 Nr. 173.

ger ni l'objet, ni les parties, ni la qualité des parties²⁰.» Das Recht der Parteien, in der Appellationsinstanz «moyens nouveaux» vorzubringen, ist im Code de Procédure Civile nirgends ausgesprochen. Es wird durch das argumentum e contrario aus dem Art. 464 C. P. C. abgeleitet²¹. — Ueber die Wirkung der Zulassung des neuen Vorbringens spricht sich Glasson aus: «On ne peut former des demandes nouvelles; mais on peut proposer des moyens nouveaux; c'est en effet le procès qui est de nouveau débattu; le juge d'appel juge le procès et pas seulement le jugement; on peut non seulement produire des pièces nouvelles, proposer des moyens de justification nouveaux de sa demande ou des moyens de défense nouveaux²².»

Zusammenfassend stellen wir fest, dass der Code de Procédure Civile français das Novenrecht sehr weitgehend ausgestaltet hat.

C. DIE DEUTSCHE ZIVILPROZESSORDNUNG VON 1877

Ueberblicken wir die deutsche ZPO von 1877, so zeigt sich sofort, dass sie in bezug auf die Regelung des Novenrechtes von der französischen Lösung beeinflusst wurde. Die Substanziierung der Klage ist den Parteien grundsätzlich freigegeben²³. Die einzige wichtige Beschränkung des Novenrechtes liegt, wie im französischen Prozess, in der Bedingung, dass die Nova nicht eine Klageänderung zur Folge haben dürfen²⁴.

Die Berufung bezweckt nicht nur die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf Grund des in der unteren Instanz gesammelten Prozeßstoffes, sondern eine Erneuerung des Rechtsstreits durch Wiederholung und Fortsetzung des früheren Verfahrens vor einem höheren und besser besetzten Gericht²⁵.

²⁰ Solus S. 668.

²¹ Menger S. 99; Garsonnet Bd. 6 Nr. 173, Glasson Bd. 3 Nr. 902.

²² Glasson Bd. 3 Nr. 902; vgl. dazu die Liste der «moyens nouveaux» bei Garsonnet Bd. 6 Nr. 174.

²³ Wach, Vorträge S. 254.

²⁴ Wach, Vorträge S. 254; Hellwig, System Bd. I S. 843; Schmidt, Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechtes, Leipzig 1906 S. 822 ff.

²⁵ Kleinfeller S. 463; Seuffert-Walsmann II S. 3, 33; Rosenberg S. 465; Schmidt S. 787, 789 ff.

Die Kosten der Berufungsinstanz können der siegreichen Partei ganz oder teilweise auferlegt werden, wenn sie nur auf Grund eines neuen Vorbringens gesiegt hat, das sie schon in erster Instanz hätte geltend machen können²⁶.

Die deutsche ZPO von 1877 gestaltet das Recht zu neuem Vorbringen, das der Substanziierung des Klagebegehrens dient, grundsätzlich materiell unbeschränkt aus²⁷. In bezug auf die formelle Beschränkung ist zu sagen, dass die Behauptungen und Beweismittel nicht, wie nach gesetzlicher Vorschrift, in der Berufungsschrift mitgeteilt werden, sondern in einem späteren Schriftsatze²⁸.

Während nun aber der französische Code de Procédure Civile das Novenrecht in neuerer Zeit noch weiter ausgestaltet hat, machten sich in Deutschland gegen die hier skizzierte Regelung Strömungen für die Einschränkung des Novenrechtes und damit für eine Annäherung an die österreichische Berufung bemerkbar²⁹.

a) Die Verordnung von 1924³⁰

An der grundsätzlichen Zulassung des neuen Vorbringens ändert sich nichts³¹. Zu der Einwirkung der Verordnung von 1924 auf das Novenrecht schreibt Pagenstecher: «Das beneficium novorum, d. h. die im bisherigen Recht bestehende, fast schrankenlose Befugnis, noch bis zum Schluss der letzten Verhandlung in der Berufungsinstanz neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, sowie Beweismittel und Beweiseinreden geltend zu machen, ist durch verschiedene Vorschriften eingeschränkt worden»³². Diese Einschränkung erfolgt vor allem in zwei Punkten:

1. Nova, die in erster Instanz nicht geltend gemacht worden sind, können zurückgewiesen werden, wenn durch deren Zulas-

²⁶ Fischer, Otto: Lehrbuch des deutschen Zivilprozess- und Konkursrechtes, Berlin 1918 S. 225.

²⁷ Fischer S. 226.

²⁸ Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 36.

²⁹ Schönke S. 298; Widmer S. 128; Hueber DJ 1938 II S. 1172 ff.

³⁰ Ueber die Neuerung der Verordnung von 1924 in bezug auf das Novenrecht vgl. Pagenstecher S. 22 ff.

³¹ Pagenstecher S. 22; DZPO 529 I, 531.

³² Pagenstecher S. 22; Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 37.

sung die Erledigung des Rechtsstreites verzögert würde, und nach der freien Ueberzeugung des Gerichtes die Partei in der Absicht, den Prozess zu verschleppen, oder aus grober Nachlässigkeit, sie nicht früher vorgebracht hat³³.

2. Durch die Aufstellung einer formellen Schranke, indem neues Vorbringen nun unter bestimmten Voraussetzungen von Amtes wegen zurückgewiesen werden kann, wenn es in der Berufungsinstanz nachträglich, d. h. nicht in der Berufungsbegründung, geltend gemacht wird³⁴.

Prozesshindernde Einreden bedürfen zur Geltendmachung in appellatorio des Nachweises der Schuldlosigkeit der Partei an der Versäumung³⁵. Neue Ansprüche sind grundsätzlich ausgeschlossen. Sie sind nur mit Einwilligung des Gegners zulässig³⁶. Eine besondere Regelung erfährt die Aufrechnungseinrede, die nur zugelassen wird bei Schuldlosigkeit der vorbringenden oder Einwilligung der gegnerischen Partei³⁷.

Rosenberg schreibt zu der Wirkung der Verordnung von 1924: «Die Artikel ZPO 529 II, III haben die Parteien erfolgreich zu veranlassen gewusst, den Streitstoff möglichst vollständig bereits der ersten Instanz zur Feststellung und Aburteilung vorzulegen. Damit wird die Verhandlung in der ersten Instanz nicht von den Parteien missachtet und es wird verhindert, dass der Schwerpunkt des Prozesses in die dafür ungeeignete und nicht bestimmte zweite Instanz verschoben wird³⁸.»

Die Verordnung von 1924 erteilt also dem Richter die Befugnis, Nova zurückzuweisen³⁹, falls folgende zwei Voraussetzungen kumulativ gegeben sind:

1. eine schwere Verletzung der Prozessökonomie;
2. ein Verschulden der Partei.

³³ DZPO 529 II; Rosenberg S. 488; Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 37.

³⁴ DZPO 529 III, 519; Pagenstecher S. 23 ff.; Rosenberg S. 488; Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 37, S. 23: «Angabe der Nova in der Berufungsbegründung hat nur ankündigenden Charakter. Nichtangabe ermöglicht Zurückweisung nach 529 III.»

³⁵ DZPO 528; Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 34 ff.; Sydow-Busch Bd. 1 S. 618; Pagenstecher S. 66.

³⁶ DZPO 529 IV; Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 37 ff.

³⁷ DZPO 529 V; Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 39 ff.; Sydow-Busch Bd. 1 S. 622; Rosenberg S. 487; Schönke S. 307.

³⁸ Rosenberg S. 466.

³⁹ Vgl. Rosenberg S. 488: Liste der Fälle der Zurückweisung.

Wie schon bei der Verordnung von 1924 charakterisiert sich auch bei diesem Gesetze ein wesentlicher Teil der Neuerungen als Massnahmen gegen die Prozessverschleppung⁴¹. Die Wirkung von ZPO 529 II wurde nochmals erhöht, indem nun Nova, die prozessverzögernd wirken und aus Verschleppungsabsicht oder grober Nachlässigkeit verspätet geltend gemacht wurden, unzulässig sind⁴². Nach der heutigen Regelung des Novenrechtes darf das Berufungsgericht neues Vorbringen nur zulassen, wenn es die Ueberzeugung erlangt hat, dass weder Verschleppungsabsicht, noch grobe Nachlässigkeit die Verspätung veranlasst haben⁴³. Während früher zur Zurückweisung der Nova ein Beschluss des Gerichtes notwendig war, bedarf es jetzt umgekehrt zur Zulassung des neuen Vorbringens eines gerichtlichen Beschlusses. Neues Vorbringen in der Berufungsinstanz ist daher erheblich erschwert⁴⁴.

In bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Nova in der Berufungsinstanz bestimmt 519 ZPO, dass die Berufungsbegründung die Nova, die die Parteien zur Rechtfertigung ihrer Berufung vorbringen, zu enthalten habe⁴⁵. Wenn der Appellant seine Berufung einzig und allein auf Nova stützt, sind diese bestimmt anzugeben, da sonst die Gefahr besteht, dass die Berufung als infolge mangelnder Begründung unzulässig abgewiesen wird⁴⁶. Im andern Falle kommt 529 III zum Zuge, wonach Nova bei Nichtaufnahme in die Berufungsschrift nur zu berücksichtigen sind, wenn auf Seiten der Partei weder Verschleppungsabsicht noch grobe Nachlässigkeit vorliegt⁴⁷.

⁴⁰ Ueber die Neuerungen des Gesetzes vom 27. 10. 1933 in bezug auf das Novenrecht vgl. Rosenberg: Das neue Zivilprozessrecht nach dem Gesetz vom 27. 10. 1933 in ZDZP 58 S. 283 ff.

⁴¹ Rosenberg: ZDZP 58 S. 292 ff.; Sydow-Busch Bd. I S. 620; Baumbach: Die Zivilprozessnovelle von 1933, DJZ 38 S. 1459 ff.

⁴² Rosenberg ZDZP 58 S. 294 ff.

⁴³ ZPO 529 II in der Fassung von 1933; Schönke S. 306 ff.; Sydow-Busch Bd. I S. 620; Baumbach DJZ 38 S. 1459.

⁴⁴ Rosenberg ZDZP 58 S. 294 ff.; Schönke S. 297 ff.

⁴⁵ ZPO 519 Zi. 2 in der Fassung von 1933; Schönke S. 307.

⁴⁶ Sydow-Busch Bd. I S. 603 ff.

⁴⁷ Seuffert-Walsmann Bd. 2 S. 37; Sydow-Busch Bd. 1 S. 621.

Die Zulässigkeit der Einrede der Aufrechnung⁴⁸ ist nun analog geregelt wie diejenige eines neuen Anspruchs⁴⁹, und die der Erhebung der Widerklage⁵⁰, indem diese drei Begehren nur zugelassen werden, wenn der Gegner einwilligt, oder das Gericht dies für sachdienlich hält.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass durch das Gesetz von 1933 die formellen und die materiellen Schranken des Novenrechtes verschärft wurden, dass aber die Berufung des deutschen Zivilprozesses nach 529 I auf dem Prinzip der Zulässigkeit des neuen Vorbringens aufgebaut ist.

Wir bezeichnen die heutige Regelung des deutschen Zivilprozesses als *beschränkte Ausgestaltung des Novenrechtes*⁵¹.

D. DIE ÖSTERREICHISCHE ZPO VON 1895⁵²

Die österreichische ZPO von 1895 stellt der Berufung nur die Aufgabe, die angefochtene Entscheidung zu überprüfen, nicht aber über den geltend gemachten Anspruch noch einmal zu verhandeln und zu entscheiden⁵³. Die Ueberprüfung ist auf Gerichtsfehler beschränkt, auf Parteifehler kann die Berufung nicht gegründet werden⁵⁴. Der Ausschluss der Nova ist aber nicht ein absoluter. Der Berufungswerber darf zur Begründung der Berufung Nova geltend machen⁵⁵, ebenso der Berufungs-

⁴⁸ DZPO 529 V in der Fassung von 1933; Schönke S. 307.

⁴⁹ DZPO 529 IV von 1924 fällt weg. DZPO 264 gilt nun auch für die Berufung. Sydow-Busch Bd. 1 S. 620; Schönke S. 307.

⁵⁰ DZPO 529 IV in der Fassung von 1933; Sydow-Busch Bd. 1 S. 621 ff.

⁵¹ Vgl. Schönke S. 297 ff.

⁵² Der Wortlaut der österr. ZPO von 1895 gab um 1900 Anlass zu einem harten Gelehrtenstreit um das beneficium novorum. Pro und contra sind zusammengefasst in Pappafava: Der Streit um das Jus Novorum im Berufungsverfahren nach der österr. ZPO.

⁵³ Pappafava S. 22.

⁵⁴ Rosenberg S. 465; Pappafava S. 45 ff.

⁵⁵ ZPO 467 Zi. 4; Pappafava S. 34 ff. stellt eine Liste des neuen Vorbringens in bezug auf die Berufungsgründe auf. S. 11 ff., 15, 22: «Berufungsgrund kann nur ein nachweisbarer Fehler oder eine Irrung des Gerichtes erster Instanz sein.» S. 45: «Die objektive Unrichtigkeit des ersten Urteils ist ein Berufungsgrund.» S. 13: «Ein Jus Novorum ist mit dem gesetzlichen Erfordernis der Berufungsgründe nicht vereinbar.»

gegner zur Widerlegung derselben⁵⁶. Diese Nova sind bei materieller Verwirkung in der Berufungsschrift⁵⁷ resp. in einer speziellen Eingabe innerhalb einer Notfrist vorzubringen. Die Härte dieser stark eingeschränkten Berufung soll nun dadurch gemildert werden, dass, falls die Partei neue Tatsachen erfährt oder neue Beweismittel auffindet oder zu benutzen imstande ist, deren Vorbringen oder Benützung in dem früheren Verfahren ohne ihr Verschulden unterblieb, aber eine ihr günstigere Entscheidung der Hauptsache herbeigeführt hätte, nach ZPO 530 Zi. 7 Wiederaufnahme des Verfahrens begehrt werden kann⁵⁸. Es wird aber von dieser Möglichkeit der Wiederaufnahme des Verfahrens wegen «nova reperta» in Oesterreich verhältnismässig wenig Gebrauch gemacht, indem die Parteien und ihre Anwälte dazu erzogen sein sollen, alles Streitmaterial in der ersten Instanz vorzubringen⁵⁹.

Die österreichische Berufung ist also grundsätzlich eine blosse revisio in iure et in facto. Neue Ansprüche, Klageänderung und Klageerweiterung, sowie neue Einreden sind stets ausgeschlossen nach 482 I, 483⁶⁰. Neue Behauptungen und neue Beweismittel sind grundsätzlich ausgeschlossen nach 482 II⁶¹. Das Hauptgewicht des österreichischen Verfahrens ruht ganz auf der ersten Instanz, indem sich der Gesetzgeber dazu entschloss, die erstinstanzliche Verhandlung mit zahlreichen Garantien einer erschöpfenden und richtigen Sachverhaltsermittlung auszustatten und auf die Einführung der vollen Berufung zu verzichten⁶². Vor allem wurde die richterliche Machtbefugnis im österreichischen Prozess stark ausgebaut⁶³. Zahlreiche Bestimmungen des Gesetzes sorgen dafür, dass das Urteil, welches in erster Instanz ergeht, nicht auf unvollständiger Basis erfließt, sondern dass ein vollständiges Sachmaterial für die Ent-

⁵⁶ ZPO 468 II; Pappafava S. 13.

⁵⁷ ZPO 482 II; Klein-Schauer-Hermann zu 482 II S. 853; Pappafava S. 37; Rosenberg S. 465.

⁵⁸ Rosenberg S. 466; Pappafava S. 14; Klein-Schauer-Hermann zu 530 Zi. 7 ZPO; Hermann: Oesterreichs bürgerliches Recht und Verfahren DJ 1938 I S. 509.

⁵⁹ Rosenberg S. 466; Hermann DJ 1938 I S. 509; Schönke S. 298.

⁶⁰ Pappafava S. 34.

⁶¹ Klein-Schauer-Hermann zu 482 II, 483 ZPO.

⁶² Hueber DJ 1938 II S. 1172/1173; Pappafava S. 12.

⁶³ Wach, Grundfragen S. 98 ff.

scheidungen erster Instanz gesichert ist⁶⁴. Sie halten die Parteien an, alle ihre Ansprüche, sowie ihr gesamtes Prozessmaterial bereits vor erster Instanz geltend zu machen⁶⁵ und sich äusserst sorgfältig auf die erstinstanzliche Verhandlung vorzubereiten⁶⁶.

⁶⁴ Pappafava S. 21.

⁶⁵ Hueber DJ 1938 II S. 1172/1173.

⁶⁶ Ueber die Vor- und Nachteile der österr. Berufung vgl.: Braun ZDZP 50 S. 296 ff.; Weiss ZDZP 50 S. 10 ff., 7; von Staff ZDZP 50 S. 71—73; Pappafava S. 25 ff.; Hueber DJ 1938 II S. 1172/1173; Sattler ZDZP 58 S. 1 ff.

BESONDERER TEIL

DIE GESTALTUNG DES NOVENRECHTES IN DEN SCHWEIZERISCHEN ZIVILPROZESSORDNUNGEN

4. Kapitel:

Versuch einer Einordnung der schweizerischen Zivilprozessordnungen in ein System

Ueberblicken wir die Gestaltung des Novenrechtes in den heute geltenden schweizerischen Zivilprozessordnungen, so sind wir erstaunt, wie verschiedenartig dieses Prozessinstitut ausgebaut ist. Von der kategorischen Ablehnung bis zur umfassendsten Ausgestaltung finden wir alle Nuancen einer Regelung vertreten. Diese Vielgestalt hat ihre Wurzel einmal in den mannigfachen kulturellen und geschichtlichen Grundlagen der einzelnen Kantone, ferner in den verschiedenartigen Einflüssen, denen die kantonalen Gesetzgeber vom Ausland her unterworfen waren und vor allem in den verschiedenen Zeitpunkten, in denen die schweizerischen Kodifikationen des Zivilprozessrechts entstanden.

Als Grundtendenz der fortlaufenden Entwicklung des Novenrechtes in den schweizerischen Zivilprozessordnungen kann die dem Siegeszug der Idee der Verwirklichung des materiellen Rechtes folgende immer umfassendere Zulassung von neuem Vorbringen aufgezeigt werden.

Entsprechend der rechtshistorischen Entwicklung der schweizerischen Zivilprozessordnungen gehen wir in unserer Darstellung vom absoluten Verbot neuen Vorbringens aus und gelangen durch immer umfassendere Zulassung der Nova zum unumschränkten Novenrecht. Wir unterscheiden bei diesem Vorgehen drei Hauptgruppen von Zivilprozessordnungen: solche mit grundsätzlichem Ausschluss, mit beschränkter und mit grundsätzlicher Zulässigkeit der Nova. Unterscheidungskriterium ist die Zulassung des eine Erweiterung der Substanziierung

der Klage bezweckenden Vorbringens. Die Regelung des zu einer Veränderung der Klage führenden neuen Vorbringens wurde bei der Einteilung aus darstellungstechnischen Gründen nicht berücksichtigt. Die Gruppe mit beschränkter Zulässigkeit der Nova weist alle Zwischenstufen, alle Einschränkungskombinationen auf und bildet so im wahrsten Sinne den Uebergang zwischen den zwei durch eine gewisse Einheitlichkeit der Regelung charakterisierten prinzipiellen Lösungen.

§ 5. Das Novenverbot in der Berufung an das Bundesgericht

Unter bestimmten Voraussetzungen ergibt sich für die Parteien die Möglichkeit, ihren Rechtsstreit an das Bundesgericht weiterzuziehen¹. Das Bundesgericht urteilt dann als dritte, in Ausnahmefällen² als zweite Instanz. In bezug auf den Umfang der Ueberprüfung der vorinstanzlichen Entscheidung bestimmt OG 63 II: «Das Bundesgericht hat seiner Entscheidung die Feststellungen der letzten kantonalen Instanz über tatsächliche Verhältnisse zugrunde zu legen.» Die richterliche Ueberprüfungstätigkeit beschränkt sich darnach im Verfahren vor Bundesgericht auf eine *revisio in iure*³. OG 63 III führt denn auch aus: «Das Bundesgericht ist in bezug auf die rechtliche Würdigung der Tatsachen frei.» Das Bundesgericht überprüft also nur die rechtliche Seite des ihm zur endgültigen Entscheidung vorgelegten Rechtsstreites. Die tatsächliche Seite lässt es unberührt, so dass der Prozeßstoff in der Form, wie er dem letztinstanzlichen kantonalen Gericht vorgelegen hat, die Grundlage des Rechtsstreites bildet⁴. Neues Vorbringen ist damit ausgeschlossen⁵. Das Berufungsverfahren vor dem Bundesgericht charakterisiert sich durch ein absolutes Novenverbot.

¹ OG 43 ff.

² Bei Uebergehung der ersten Instanz durch Prorogation der Parteien (vgl. Weiss S. 31) sowie gemäss 45 OG.

³ Weiss, Theodor S. 168 ff.

⁴ OG 63; Weiss S. 157.

⁵ Weiss S. 156 ff.

§ 6. Kantonale ZPO mit grundsätzlichem Ausschluss der Nova

Acht kantonale ZPO schliessen grundsätzlich neues Vorbringen aus. Sie haben alle die Appellation als Ueberprüfung des erstinstanzlichen Verfahrens ausgebaut. Das Appellationsgericht urteilt auf der Grundlage des erstinstanzlichen Prozeßstoffes. Die Appellation erschöpft sich in einer revisio in iure et in facto.

A. APPENZELL BEIDER RHODEN

Die ZPO von Appenzell I. Rh. und Appenzell A. Rh. unterscheiden sich in der Regelung des Novenrechtes nicht. Appenzell I. Rh. bestimmt in ZPO 61: «Das Aktenmaterial ist schon vor erster Instanz einzubringen und beim Vorschein neuer Belege der Revisionsweg zu betreten.» Die ZPO von Appenzell A. Rh. führt in § 82 aus: «Die Parteien sind verpflichtet, die vorhandenen Beweismittel, Urkunden, Rechnungsbücher etc. bei der ersten Instanz einzureichen und auch die Zeugen zu bezeichnen. Neue Beweismittel dürfen vor der Appellationsinstanz nicht eingelegt oder angemeldet werden.»

In Bezug auf die Praxis schreibt uns der Gerichtsschreiber des Kantonsgerichtes Appenzell I. Rh., Dobler: «Nach unserer ZPO, welche zur Zeit neu bearbeitet wird, müssen Beweismittel und Tatsachen vor erster Instanz eingelegt, bzw. geltend gemacht werden. Im Appellationsverfahren ist dies ausgeschlossen und es ist gegebenenfalls gemäss Art. 97 ZPO der Revisionsweg zu beschreiten. Diese Regelung kann insofern nicht als Härte bezeichnet werden, als die meisten Prozesse nach dem ersten Gerichtsvorstande kommissioniert, d. h. zur näheren Abklärung einer Kommission übertragen werden und dann Beweismittel und Tatsachen praktisch bis zum zweiten Gerichtsvorstande eingebracht werden können. Das Rechtsmittel der Revision wird nur ausnahmsweise ergriffen, weil sich eben das nach dem ersten Gerichtsvorstande eingeschaltete Untersuchungsverfahren trotz dem Grundsatz der Verhandlungsmaxime als bestes Mittel zur Erforschung der materiellen Wahrheit ausgewirkt hat»⁶.

⁶ Brief vom 4. 4. 1947.

Beide Kantone schliessen also Nova absolut aus. Infolge des Instruktionsverfahrens macht sich dieses Novenverbot nicht sehr nachteilig bemerkbar. Die Revision wird selten angestrengt.

B. OBWALDEN, NIDWALDEN

Die beiden Halbkantone Obwalden und Nidwalden haben in bezug auf die Regelung des Novenrechtes die gleiche Regelung getroffen. Obwalden 184 ZPO und Nidwalden 123 ZPO bestimmen übereinstimmend: «In der Appellationsinstanz dürfen keine Rechtsbegehren, Tatsachen oder Beweismittel angebracht werden, die nicht schon vor erster Instanz produziert worden sind.»

Dazu schreibt uns die Obergerichtskanzlei Obwalden: «Rechtsfragen, die nicht schon vor erster Instanz, bzw. schon vor dem Friedensrichter erheblich gemacht und in den Weisungsschein aufgenommen wurden, dürfen weder vor Kantonsgericht, noch vor Obergericht Gegenstand der Beurteilung bilden. Dagegen steht nichts im Wege, dass solche Rechtsfragen von Grund auf selbständig gemacht werden können⁷. — Was die Einvernahme von neuen Zeugen betrifft, geht die Praxis des Obergerichtes dahin, dass vor der Oberinstanz nur solche Zeugen einvernommen werden dürfen, deren Einvernahme schon vor der Vorinstanz verlangt worden war, aber aus irgend einem Grunde nicht vollzogen wurde⁸. Der Amtsbericht 1925/27 führt dazu aus: «Sofern die ansinnende Partei auf der Einvernahme besteht, hat das Obergericht über das Vorliegen des Ausschlussgrundes erneut zu entscheiden»⁹. Die Abhörung von Zeugen im Berufungsverfahren kommt nur dann in Frage, wenn vor der ersten Instanz auf der Abhörung ausdrücklich bestanden und dem Begehren daraufhin von der ersten Instanz keine Folge gegeben wurde¹⁰. Es ergibt sich also, dass 186 ZPO im Dienste einer blossen revisio in facto steht.

Zum Charakter der Appellation, sowie zur Geltendmachung von Nova steht im Amtsbericht von 1911/13: «Die Appellations-

⁷ Brief vom 11. 3. 1947.

⁸ Amtsbericht 1925/27 S. 39.

⁹ Amtsbericht 1931/35.

¹⁰ Brief vom 11. 3. 1947.

instanz hat ihr Urteil auf Grund des gleichen Aktenmaterials zu fällen, welches der Vorinstanz vorgelegen hat. Wäre zwischen der Prozessverhandlung vor beiden Instanzen der einen oder andern Partei neues Material von wesentlicher Bedeutung bekannt geworden, so hätte der Weg der Revisionsklage offen gestanden. Ohne weiteres kann solches Aktenmaterial nicht erst im Appellationsstadium produziert werden ¹¹.» Beim Auffinden von neuen erheblichen Tatsachen ist also der Revisionsweg zu begehen (Obwalden 233 ZPO, Nidwalden 126 ZPO).

C. TESSIN.

Die ZPO des Kantons Tessin regelt das Novenrecht in Art. 286: «In sede di appello non si possono cambiare le domande già formulate in prima istanza.» Die Aenderung des Rechtsbegehrens ist also verboten. Aus dem letzten Satz von 286 ZPO ergibt sich aber auch, dass die Aenderung des Klagegrundes nicht möglich ist, da weder neue Beweismittel, noch neue Tatsachen zugelassen werden. «Non si possono produrre prove, nè allegare fatti che già non risultino dagli atti del primo giudizio.» Dazu schreibt uns das Appellationsgericht: «La disposizione che in istanza di appello non si possono produrre prove nuove viene rigorosamente applicata»¹².

Nur solches Vorbringen, das sich aus den erstinstanzlichen Akten ergibt, ist zulässig. Wir qualifizieren es nicht als «novum». Der Kanton Tessin kennt also ein absolutes Novenverbot. Die Härte dieses Verbotes wird durch eine differenzierte Ausgestaltung der Restitution zu mildern gesucht, indem die Tessiner ZPO drei Arten der Restitution kennt:

la restituzione contro il lasso dei termini, art. 332—334;

la restituzione contro le conclusioni in causa, art. 335—337;

la restituzione contro le sentenze, art. 338—341 ¹³.

Im Zusammenhang mit dem Novenrecht interessieren vor allem art. 332: «La restituzione in intero contro il lasso dei termini deve aver luogo quando la parte giustifichi che per un

¹¹ Amtsbericht 1911/13 S. 35.

¹² Brief vom 12. 3. 1947.

¹³ Vgl. Schurter-Fritzsche II 2 S. 413.

fatto di forza maggiore o per il fatto della controparte o d'un terzo o per un'altra causa grave, essa ha ignorato la decorrenza del termine o fu impedita di agire in tempo utile.» Diese Restitution ist 15 Tage nach Dahinfallen des Hindernisses resp. nach Entdeckung des Irrtums zu verlangen. art. 333. Ihre Wirkung geht dahin, dass die nicht vorgenommenen Handlungen nachgeholt werden können.

Von grösster Bedeutung ist art. 335: «Ognuna delle parti, prima della sentenza definitiva, può chiedere la restituzione in interno contro le proprie conclusioni quando esibisca nuovi mezzi probatori che appariscano influenti nella causa ed anche per dimostrare erronee le confessioni od ammissioni fatte negli atti della causa, e giustifichi non essere imputabile a di lei negligenza l'omissione o l'errore commesso.

Se la controparte accetta l'istanza di restituzione, chi si restituisce, deve nondimeno pagarle le spese ripetibili.»

«La restituzione contro le sentenze» baut sich auf den üblichen von den kantonalen ZPO gegebenen Revisionsgründen auf.

D. AARGAU

Die aargauische ZPO enthielt bis vor kurzem keine Bestimmung über das Novenrecht. Dällenbach schreibt dazu: «Das Verbot der Nova ist nirgends ausdrücklich ausgesprochen. Es folgt mittelbar aus der ganzen Gestaltung des Institutes der aargauischen Appellation und wurde von der Judikatur stets strikte aufrechterhalten»¹⁴. Dällenbach untersucht das Novenverbot eingehend auf sämtliche Arten von Nova¹⁵ und kommt zum Schluss, dass jegliches Vorbringen, das sich auf das Tatsächliche des Streitfalles bezieht, wie tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen und Beweismittel, unzulässig ist. Pfisterer führt dazu aus: «Bei der Appellation gilt das Novenverbot, d. h. der Grundsatz, dass das Obergericht den Streit im Rahmen des Rechtsmittelbegehrens auf Grund derselben Akten zu beurteilen habe, die der Vorinstanz vorgelegen haben»¹⁶. — Neue Ver-

¹⁴ Dällenbach S. 58. Brief des Obergerichtsschreibers Jöhr vom 18. 3. 1947. VJS I Nr. 90, 91; IV Nr. 109; VIII Nr. 40.

¹⁵ Dällenbach S. 58 ff.

¹⁶ Keller-Pfisterer S. 325, 328.

fahrenstatsachen sind dagegen zugelassen¹⁷. Neue Begehren nur nach dem Schluss a maiore ad minus, d. h. wenn sie in ihren Auswirkungen weniger weit gehen als die zuerst gestellten¹⁸; ebenso neue Einreden, die sich auf die rechtlichen Grundlagen des Streitfalles beziehen und die von Amtes wegen zu berücksichtigen sind¹⁹. Das Novenverbot bezieht sich also nach der Praxis nur auf das tatsächliche Prozessmaterial, nicht aber auf dessen rechtliche Qualifikation²⁰. Eine Neuerung der rechtlichen Begründung stellt nicht eine unzulässige Neuerung dar, sondern ist in jeder Instanz zulässig²¹. Das Gesetz betr. Abänderung des Zivilprozessrechts vom 20. 3. 1941 hat nun dem Novenverbot eine, wenn auch schwache Grundlage gegeben, indem es in § 5 II bestimmt: «Der Kläger ist berechtigt, zu den Neuerungen der Duplik innert einer angemessenen, vom Gerichtspräsidenten anzusetzenden Frist, eine Erklärung mit allfälligen Gegenbeweisansträgen einzureichen.» Aus dieser Bestimmung kann nun e contrario abgeleitet werden, dass nach der Duplik des Schriftenwechsels Neuerungen unzulässig sind²². § 5 II der Zivilprozessnovelle von 1941 gilt nur für das erstinstanzliche, nicht auch für das Appellationsverfahren²³.

E. VAUD

Die ZPO des Kantons Waadt, die die Appellation mit «recours en réforme» bezeichnet, bestimmt über das Novenrecht in 527 II C. P. C.: «Toutefois les décisions de fait du jugement, rendues sous forme de solutions testimoniales en application des articles 335 et 336 sont définitives.» Kantonsgerichtsschreiber Klunge schreibt uns dazu: «Il résulte de cette disposition qu'en règle générale, et notamment en ce qui concerne les procès pécuniaires, l'autorité de recours statue sur la base du dossier tel qu'il a été constitué en première instance. En conséquence, les «nova»

¹⁷ Dällenbach S. 59.

¹⁸ Dällenbach S. 59.

¹⁹ Dällenbach S. 59.

²⁰ Brief von Jöhr vom 18. 3. 1947.

²¹ Keller-Pfisterer S. 328; VJS Nr. 19 Erw. II.

²² Keller-Pfisterer S. 168.

²³ Brief von Jöhr vom 18. 3. 1947.

sont exclus devant l'autorité de recours vaudoise. C'est ainsi que, devant le Tribunal cantonal, les parties ne peuvent invoquer aucun fait nouveau, ni administrer aucune preuve, ni modifier leurs conclusions»²⁴.

In der ZPO von Waadt gilt also das Novenverbot ²⁵.

Die rechtliche Begründung darf geändert werden. Ein Rechtsgutachten ist kein neues Beweismittel, da der Richter von Amtes wegen gehalten ist, die zutreffenden Rechtsregeln anzuwenden. In der Berufungsinstantz sind die Parteien berechtigt, sich auf neue rechtliche Gesichtspunkte zu berufen ²⁶.

Aus 257 C. P. C. geht hervor, dass eine Aenderung des Rechtsbegehrens im Sinne einer Erweiterung nach Abschluss des erstinstanzlichen Instruktionsverfahrens grundsätzlich verboten ist (Ausnahme Art. 257 bis).

Die Folgen des grundsätzlichen Novenverbotes sind nicht so schwer, da nach 553 ZPO das Gericht ex officio neue Beweiserhebungen durchführen kann ²⁷. Vom grundsätzlichen Novenverbot werden gewisse Ausnahmen gemacht, doch gelten diese nur für Sonderverfahren, wie:

1. den Familienprozess;
2. les recours en réforme contre les prononcés des justices de paix rendus en application de l'art. 3 ch. 1 à 4 de la loi vaudoise d'introduction au code civil;
3. les jugements rendus par les tribunaux de district en matière d'interdiction (425 ff., 553 bis al. 3 C. P. C.);
4. in Schuldbetreibungs- und Konkursachen.

F. NEUCHÂTEL

Art. 385 C. P. C. lautet: «Sauf décision contraire du tribunal cantonal prise au cours des débats après audition de toutes parties, il ne peut être produit aucune pièce nouvelle. Les parties ne peuvent faire usage de nouveaux moyens.»

Der Ausschluss der Parteien mit neuem Vorbringen ist also

²⁴ Brief des Kantonsgerichtsschreibers Dr. S. Klunge vom 24. 4. 1947.

²⁵ Schurter-Fritzsche II 2 S. 116 und 529.

²⁶ Brief von Klunge vom 24. 4. 1947.

²⁷ Brief von Klunge vom 24. 4. 1947.

oberste Regel. Zur Praxis hinsichtlich dieser Bestimmung schreibt uns das Kantonsgericht Neuchâtel: «Dans la règle, le Tribunal cantonal n'admet, en procédure d'appel, la production d'aucune pièce nouvelle. Il peut cependant en être décidé autrement, sur proposition d'une partie et après audition de l'autre, lorsqu'une ou des pièces déterminantes peuvent être remises séance tenante au tribunal et éviter ainsi le complément d'instruction prévu par l'article 386»²⁸. Die Härte, die diesem grundsätzlichen Ausschluss von neuem Vorbringen anhaftet, wird allerdings durch die Instruktionsbefugnis²⁹ des Kantonsgerichtes etwas gemildert. Nach 386 C. P. C. kann das Kantonsgericht, wenn es der Ansicht ist, das Prozessmaterial sei für die Fällung eines Entscheides zu unvollständig und zu lückenhaft, eine Ergänzung der Sachverhandlung anordnen.

Wird eine Partei ausnahmsweise mit neuem Vorbringen zugelassen, so treten die Kostenbestimmungen von C. P. C 365 in Kraft, die die Kostentragung als Verschuldenshaftung ausgebildet haben.

§ 7. Kantonale ZPO mit Sonderregelungen

In dieser Gruppe sind die ZPO von Graubünden und Solothurn einzureihen. In beiden ZPO besteht ein grundsätzliches Verbot des neuen Vorbringens, dessen Härte jedoch durch eine besondere Regelung des Rechtsmittels der Revision («Offenrecht», «neues Recht») gemildert wird. In Tat und Wahrheit ist dann die Wirkung dieser Rechtsmittel, ihr Ziel und ihre Aufgabe, mit derjenigen des Novenrechtes nahe verwandt.

A. SOLOTHURN

Die Solothurner ZPO hat die Zulassung der Nova höchst eigenartig geregelt. Aus 138 I ZPO ist ersichtlich, dass für die Verhandlungen vor Obergericht die Verfahrensbestimmungen des Amtsgerichtes anzuwenden sind. Diese lauten in bezug auf das Novenrecht: «Wenn eine Prozesseinleitung stattgefunden

²⁸ Brief des Kantonsgerichtes Neuchâtel vom 13. 3. 1947.

²⁹ Schurter-Fritzsche II 1 S. 719.

hat, so sind die Parteien auf die im Protokoll verzeichneten Einreden und Beweismittel beschränkt, ausser, wenn erstere ihren Grund in solchen Verhältnissen haben, die erst nach der Einleitung entstanden sind, und letztere bei der Einleitung begehrt, aber vom Amtsgerichtspräsidenten verweigert worden sind³⁰. 127 ZPO. Die solothurnische ZPO lässt also grundsätzlich Nova nicht zu und hält an der Eventualmaxime fest. Sie beschränkt die Parteien auf die in der Prozesseinleitung eingegebenen Einreden und Beweismittel. Amtsgericht und Obergericht sind an diese gebunden³¹.

Die ZPO gibt sich aber trotz dem grundsätzlichen Novenverbot in der Appellation mit dem formellen Prozessergebnis, welches das Obergericht auf Grund des in der Prozesseinleitung eingebrachten, vielleicht unvollständigen Aktenmaterials fällen musste, nicht zufrieden. Die Härte, die im Ausschluss der Nova liegt, wird dadurch gemildert, dass gegen ein rechtskräftiges Urteil innert einem Jahr das «neue Recht» angerufen werden kann³².

ZPO 223 umschreibt das «neue Recht» wie folgt: «Gegen ein von dem Amtsgerichtspräsidenten, dem Amts- oder Obergericht ausgefalltes rechtskräftiges Urteil kann ein neues Recht verlangt werden, um vermitteltst neuer erheblicher Tatsachen und Beweismittel, in Verbindung mit den bei den früheren Verhandlungen bereits gebrauchten, eine Abänderung des früheren Urteils zu bewirken.» — Das neue Recht kann, vom Tage des Abspruchs an gerechnet, verlangt werden:

1. während eines Jahres, wenn solche Beweismittel gebraucht werden wollen, deren Vorlegung früher aus was immer für einem Grunde unterlassen worden ist;
2. während 10 Jahren, wenn der Beweis durch Urkunden geleistet werden will, die in der ersten Prozessverhandlung nicht haben vorgelegt werden können. Dabei sind Zeugen nur zur Vervollständigung des Beweises durch Urkunden zulässig. ZPO 224³³.

³⁰ Vgl. dazu ZPO 112, 139, sowie 128 ff.

³¹ Günthard S. 71.

³² Günthard S. 71.

³³ Vgl. die weiteren Bestimmungen des «neuen Rechtes»: ZPO 225, 226, 227.

Wir erkennen, dass die solothurnische ZPO das Rechtsmittel des «neuen Rechts» so ausgebaut hat, dass es die Funktion und Aufgabe des Novenrechtes zu übernehmen vermag³⁴.

Folgende Merkmale charakterisieren das «neue Recht»:

1. Voraussetzung der Ergreifung des Rechtsmittels ist ein rechtskräftiges Urteil. Dies führt nun zwangsläufig zu einer Verlängerung des Prozesses, indem die Parteien zur Geltendmachung des neuen Vorbringens die Rechtskraft des Urteils abwarten müssen. Aus diesem Grunde erachten wir eine solche Regelung nicht als sehr glücklich und können uns ihrer wohlwollenden Verteidigung durch Günthard nicht anschliessen³⁵.
2. Mittels des «neuen Rechts» können neue erhebliche Tatsachen und Beweismittel beigebracht werden, ohne dass die Parteien die Unmöglichkeit der Beibringung während des anhängigen Verfahrens nachweisen müssen. Auch bei schuldhafter Verspätung des neuen Vorbringens ist dieses noch zulässig und kann das «neue Recht» begründen³⁶. Hier besteht die grosse Gefahr des Missbrauches dieses Rechtsmittels.
3. Das «neue Recht» ist, trotzdem es unmissverständlich die charakteristischen Züge der Revision trägt, von diesem getrennt gestaltet worden³⁷ und dient einzig und allein dem hier dargestellten Zwecke.

Es ist schwierig, die Regelung des Kantons Solothurn nach ihren praktischen Auswirkungen in das System der kantonalen ZPO einzuordnen. Stellen wir nur auf die materiellen Schranken der Geltendmachung von neuem Vorbringen ab, so wäre die ZPO Solothurn zu den Kantonen mit grundsätzlicher Zulässigkeit der Nova zu zählen und dort zwischen Luzern und Wallis einzureihen.

³⁴ Günthard S. 71.

³⁵ Günthard S. 72; ZPO 223.

³⁶ Günthard S. 71; ZPO 224 Zi. 1: «Die Unterlassung konnte aus was immer für einem Grunde erfolgt sein.»

³⁷ Vgl. dazu ZPO Solothurn, Fünftes Hauptstück: Von den Rechtsmitteln
Erster Titel: Die Appellation. Zweiter Titel: Das neue Recht. Dritter
Titel: Die Revision. Hinsichtlich der geschichtlichen Entwicklung des
«neuen Rechts» vgl. Schurter-Fritzsche II, 1, S. 245, 263.

Die Tatsache, dass aber zur Anstrengung des «neuen Rechts» die Rechtskraft des Urteils abgewartet werden muss, erschwert die Geltendmachung von Nova sehr stark, so dass wir das Resultat unserer Betrachtung dahin zusammenfassen, dass die ZPO des Kantons Solothurn neue Tatsachen und Beweismittel wohl zulässt, ihrer Geltendmachung aber formelle Hindernisse in den Weg stellt. Dadurch wirkt sie der Erforschung des wahren Sachverhaltes, die das Ziel des Rechtsmittels des «Neuen Rechts» ist, in starkem Masse entgegen.

B. GRAUBÜNDEN

Zum Charakter der Appellation schreibt Caflisch: «Das Kantonsgericht prüft vor allem die Rechtsfrage; diese Prüfung erstreckt sich auf die Mängel des Verfahrens wie der Entscheidung. Die Prüfung der Tatfrage ist für das Appellationsgericht hingegen wesentlich eingeschränkt durch das Novenverbot»³⁸. Aus 154 ZPO geht denn auch hervor, dass neue Beweismittel vor zweiter Instanz, ausser in dem von 272 ZPO vorgesehenen Fall, nicht angerufen werden dürfen. Die Parteien dürfen in der Appellationsinstanz nur Vorbringen, die sich auf das aktenmässige Beweismaterial stützen, geltend machen. Solchem Vorbringen ist der Charakter des «novum» abzusprechen. — Aus dem Novenverbot ergibt sich, dass die vom Gesetze offengelassene Konkurrenz zwischen der Appellation und der Wiederherstellung 140 II ZPO wohl immer zugunsten der letzteren entschieden wird³⁹, da in ihr unter bestimmten Umständen neues Vorbringen geltend gemacht werden kann.

Das Novenverbot wird nun aber durch die spezielle Ausgestaltung des Offenrechtes kompensiert⁴⁰, indem 272 ZPO bestimmt: «Während hängender Appellation ist das Revisionsbegehren bei der zweiten Instanz zu stellen, welche alsdann dasselbe der Appellationsverhandlung vorausgehend, und zwar ohne Rückweisung der Streitsache an die erste Instanz erledigt

³⁸ Caflisch S. 55.

³⁹ Caflisch S. 27, 51.

⁴⁰ Caflisch S. 86.

gen wird.» Damit kann sich das Offenrechtsverfahren zwischen das erstinstanzliche und das Appellationsverfahren hineinschieben. Die Voraussetzung des rechtskräftigen Urteils fehlt⁴¹.

Um ein Offenrecht zu begründen, müssen Lücken in der Urteilsgrundlage vorhanden sein⁴². Unter Lücken der Urteilsgrundlagen ist entweder ein im Prozess nicht angeführter Tatbestand oder ein noch nicht produziertes Beweismittel zu verstehen. 263 Zi. 1. Tatsachen, die erst nach Ausfällung des Urteils eingetreten sind, können in der Regel kein Offenrecht begründen. 263. Zi. 1. Eine Ausnahme von dieser Regel wird insofern gemacht, dass auch auf Grund von Zeugeneinvernahmen auswärtiger Gerichtsämter, welche erst nach Ausfällung des Urteils eingegangen sind, das Offenrecht verlangt werden kann. 264 ZPO.

Erfordernis der Gewährung des Offenrechtes ist der Nachweis der subjektiven Unmöglichkeit der früheren Geltendmachung der Nova. «Es muss entweder das «novum» dem das Offenrecht Begehrenden bis zum Schlusse des Beweisverfahrens gänzlich und ohne seine Schuld unbekannt geblieben sein, oder derselbe bis dahin in der faktischen Unmöglichkeit sich befunden haben, es zu gebrauchen, worüber er, wenn dies nicht schon durch andere Umstände bewiesen scheint, auf Verlangen der Gegenpartei unter dem Eid befragt werden kann.» 263 Zi. 2. Ebenso muss das angeführte Novum auf die Beurteilung der betreffenden Streitfrage wesentlichen Einfluss ausüben können. 263 Zi. 3. «Um ein geltend gemachtes tatsächliches Novum zu konstatieren, sind alle sonst üblichen Beweismittel als Zeugen, Urkunden usw. zulässig.» 265 ZPO.

Ueber die Geltendmachung eines Offenrechtsbegehrens bestimmt 267 ZPO: «Ein solches kann in der Regel nur während der Dauer von drei Jahren nach Erlassung des zu revidierenden

⁴¹ Das Urteil Hösli c. Gemeinde Schleuis vom 8. 10. 1941 ist dahin auszu-legen, dass während hängender Appellation eine erst aufgefundene, früher aber schon angemeldete Urkunde, die bereits damals schon zur Edition verlangt worden war, nur auf dem Wege des Offenrechtes produziert werden kann. Ferner: Praxis des KG von Graubünden 1943 S. 47; Caflisch c. Waadtländische Versicherung auf Gegenseitigkeit.

⁴² Vgl. Brief des Kantonsgerichtsschreibers Dr. Maurer vom 28. 3. 1947; Caflisch S. 86.

Urteils und innert drei Monaten von dem Zeitpunkt an eingelegt werden, in welchem der Offenrecht Begehrende das Novum kennen lernte oder von demselben Gebrauch zu machen im Fall war.»

Das Gesuch um Offenrecht muss dem Präsidenten der zuständigen Gerichtsbehörde schriftlich eingereicht werden und eine spezielle Angabe des oder der aufgefundenen Nova enthalten. 268 II ZPO.

Vergleichen wir nun die Möglichkeiten, die uns die bündnerische Regelung des Novenrechtes gibt, mit denjenigen, die die übrigen Kantone uns bieten, so fällt als Unterschied, der sich aus dem Charakter des Rechtsmittels der Revision ergibt, in die Augen, dass Tatsachen, die sich erst nach Ausfällung des erstinstanzlichen Urteils ereignet haben, nicht beigebracht werden können, d. h. keinen Revisionsanspruch begründen⁴³. Sehen wir von dieser Besonderheit ab, so wäre die ZPO Graubünden in unserem System unter diejenigen ZPO mit beschränkter Zulassung der Nova und dort zwischen die Kantone Schaffhausen und Thurgau einzureihen.

§ 8. Kantonale ZPO mit beschränkter Zulässigkeit der Nova

Kantonale ZPO mit beschränkter Zulässigkeit der Nova sind solche, die im Rahmen des eine blosse verbesserte Substanziierung der Klage bezweckenden Vorbringens neben einer formellen Schranke in bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Nova, sowie neben den indirekten Schranken der Kostentragung und der Ordnungsbusse, durch weitere Gesetzesbestimmungen in Form von *materiellen Schranken* das Recht der Parteien zur Geltendmachung von Nova einschränken.

Diese materiellen Schranken beziehen sich vor allem auf zwei Punkte:

1. Die Zulassung des neuen Vorbringens wird davon abhängig gemacht, ob den Parteien an der Verspätung in der Geltendmachung desselben ein *Verschulden* zugeschrieben werden

⁴³ ZPO 263 Zi. 1; Caflisch S. 87.

kann oder nicht ⁴⁴. Entscheidend ist also der Charakter der Parteitätigkeit.

Kantonale ZPO, die den Nachweis der unverschuldeten Verspätung zum Erfordernis der Zulassung von neuem Vorbringen erheben, sind: Bern, Genf ⁴⁵, Basel-Stadt ⁴⁶, Zug, Thurgau, Basel-Land ⁴⁷, Freiburg, Uri, Schwyz, Schaffhausen ⁴⁸.

2. Je nach der Art des neuen Vorbringens differenzieren in der Zulassung desselben die ZPO von Schaffhausen, Basel-Land, Freiburg, Uri, Schwyz.

Wir stellen fest, dass beinahe die Hälfte der kantonalen ZPO keine prinzipielle Lösung des Problemes des Novenrechtes getroffen haben, sondern sich für eine Zwischenlösung entschieden haben, die wir als beschränkte Zulässigkeit der Nova bezeichnen. Sie ist für das nüchterne, objektive schweizerische Rechtsdenken charakteristisch und stellt einen aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen resultierenden Kompromiss dar.

Innerhalb der hier einzureihenden ZPO nehmen wir als Kriterium einer weiteren Unterteilung die Zulassung von neuen Tatsachen.

I. ZPO, die neue Tatsachen prinzipiell nicht zulassen

A. SCHWYZ

Nach der schwyzerischen ZPO sind Vorbegehren, Beweismittel, Einreden jeder Art, sowie Schutzbehauptungen bei Rechtsverlust grundsätzlich in den Rechtsschriften anzumelden. Nicht nötig ist eine derartige Anmeldung für Einreden materiellrechtlicher Natur, wie z. B. die Einrede der mangelnden

⁴⁴ S. oben S. 33 ff.

⁴⁵ Die ZPO Genf hat diese Einschränkung ohne gesetzliche Grundlage in der Praxis vollzogen. Vgl. Yung S. 79 ff.

⁴⁶ Die ZPO Basel-Stadt hat die Wirkung dieser Einschränkung durch den dem gemeinrechtlichen Novenrecht entnommenen Nachsatz wieder gemildert. ZPO 237 I.

⁴⁷ Basel-Land geht in bezug auf neue Tatsachen weiter und verlangt objektive Unmöglichkeit der früheren Beibringung.

⁴⁸ Vgl. dazu den Text.

Aktivlegitimation, die der Richter von Amtes wegen zu prüfen hat⁴⁹. Im Berufungsverfahren sind daher neue tatsächliche Behauptungen, Beweismittel und Einreden nach 158 II ZPO grundsätzlich nicht mehr zuzulassen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird nach 429 I gemacht, wenn die beantragende Partei glaubhaft machen kann, dass ihr bei aller Umsicht die Beibringung von Beweismitteln vor Bezirksgericht unmöglich war. Das Kantonsgericht kann jedoch nach freiem Ermessen noch weitere Beweismittel zulassen, soll diese jedoch insbesondere dann ablehnen, wenn dadurch eine erhebliche Verzögerung des Prozesses eintreten würde. 429 I. Die Kantonsgerichtskanzlei Schwyz schreibt uns in bezug auf diese Bestimmungen: «Da das Bestreben der schwyzerischen ZPO ganz offensichtlich darauf hinausläuft, die Zulassung von «Nova» im Berufungsverfahren nach Möglichkeit zu beschränken, werden in der Praxis an die «Umsicht» der Parteien strenge Anforderungen gestellt. So werden z. B. Anträge auf Einvernahme neuer Zeugen, auf Anordnung einer Expertise, immer dann abgelehnt, wenn die beantragende Partei auf Grund der konkreten Sachlage diese Ansinnen schon in den Rechtsschriften, oder dann doch vor erster Instanz hätte stellen können. Trotzdem das Kantonsgericht in der Frage der Zulassung neuer Beweismittel nach freiem richterlichen Ermessen urteilt, wird eine solche Zulassung nur in den seltensten Fällen bewilligt»⁵⁰.

Eine gesetzliche Bestimmung über die Klageänderung fehlt. Diese ist jedoch in der Praxis unzulässig.

Die Anträge auf Zulassung neuer Beweismittel vor Kantonsgericht sind noch vor der Replik, bzw. Duplik zu stellen. Die diesbezüglichen Bestimmungen des § 429 I ZPO haben zwingenden Charakter⁵¹. Die durch die Zulassung neuer Beweismittel entstehenden Kosten trägt der Antragsteller in jedem Falle. 429 I.

Werden Ergänzungsbegehren zum Zwecke der Prozessverschleppung gestellt, so ist die fehlbare Partei oder deren Anwalt in eine Ordnungsbusse zu verfallen. 529 II.

⁴⁹ Brief der Kantonsgerichtskanzlei Schwyz vom 11. 3. 1947.

⁵⁰ Brief vom 11. 3. 1947.

⁵¹ Brief vom 11. 3. 1947.

B. URI

Die Regelung des Novenrechts, die die ZPO des Kantons Uri getroffen hat, ist derjenigen des Kantons Schwyz nachgebildet. Mit geringfügigen Abweichungen im Wortlaut ist der Inhalt derselbe. Die Geltendmachung neuer Beweismittel vor Obergericht ist auf solche beschränkt, von denen die beantragende Partei in hohem Grade wahrscheinlich machen kann, dass ihr deren Beibringung vor Landgericht unmöglich war. 278 I⁵². Es wird also der Nachweis der subjektiven Unmöglichkeit der früheren Geltendmachung der Beweismittel gefordert. Im übrigen ist der Wortlaut mit demjenigen der ZPO Schwyz identisch.

Das Obergericht kann entweder selber oder zu seinen Händen durch die Vorinstanz die Akten vervollständigen und berichtigen lassen. 429 III.

C. FREIBURG

Die ZPO Freiburg von 1849 bestimmt in § 512: «Die Prozedur vor dem Kantonsgericht wird wie vor dem erstinstanzlichen Gericht geführt.» Aus 513, sowie auch aus 523 ZPO könnte man nun schliessen, Freiburg besitze eine volle Berufung⁵³. Dies umso mehr, als 516 ZPO bestimmt, dass, wenn seit dem erstinstanzlichen Urteil Aenderungen an dem streitigen Gegenstand oder in den Verhältnissen der prozessführenden Personen eingetreten sind, dieselben bewährt werden können. Dem ist nun aber nicht so. Wohl kann der Tatbestand, wenn er sich verändert hat, vor der Appellationsinstanz den neuen Verhältnissen angepasst werden, doch nur unter sehr einschränkenden Voraussetzungen.

112 ZPO bestimmt für das erstinstanzliche und gilt nach 512 ZPO auch für das Appellationsverfahren: «Mit Vorbehalt der verzögerlichen und der zerstörlchen Einreden müssen überhaupt alle Angriffs- und Verteidigungsmittel der Parteien unter Folge des Verzichtes auf die spätere Geltendmachung der

⁵² Schurter-Fritzsche II 2 S. 739.

⁵³ Schurter-Fritzsche II 1 S. 408: «Nova sind wie in Frankreich zulässig.»

verabsäumten Teile der Rechtsbesorgung auf einmal vorgebracht werden.»

Der Obergerichtsschreiber schreibt uns hiezu: «En vertu de l'art. 112 C. P. C., tous les moyens de preuve doivent être produits d'entrée de cause et annoncés dans les exploits de demande ou de réponse, de réplique ou de duplique des parties. Ce principe repris à l'art. 293 C. P. C. comporte deux exceptions, dont la seconde vaut aussi pour l'appel»⁵⁴. Diese zweite Ausnahme hat folgenden Wortlaut: 293 b) ZPO: «Die Beweismittel müssen bei Folge des Verlustes schon im Hauptverfahren angerufen werden, mit Ausnahme folgender Fälle: wenn sie (die Partei) auf Verlangen des Gegners eidlich beschwört, dass sie ein Beweismittel erst seit dem Zeitpunkt, wo solches ordentlicher Weise angerufen werden sollte, entdeckt hat oder zur Hand bringen konnte; in diesem Falle kann das neue Beweismittel zu den Akten gebracht werden.» — Voraussetzung für die Zulassung von neuen Beweismitteln ist also die subjektive Unmöglichkeit ihrer Geltendmachung in einem früheren Zeitpunkt des Verfahrens.

Dieser grundsätzliche Ausschluss der Beweismittel wird nun dadurch etwas gemildert, dass nach 514 II ZPO das Obergericht «alle und jede andere Prozess- und Beweisvorkehrung verordnen kann, welche von den ersten Richtern nicht verordnet gewesen wären.»

Bezüglich der neuen Tatsachen bestimmt 113 I ZPO: «Die faktischen Anbringen der Parteien dürfen, wo das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt, weder durch nachträgliche Hinzufügung neuer Tatsachen, noch durch nachträgliche Verneinung der tatsächlichen Behauptungen der Gegenpartei verändert werden.»

Das Freiburger Obergericht schreibt dazu: «Le principe éventuel exige également que les faits allégués par les parties soient précisés dès le début»⁵⁵.

Da 113 II ZPO auch die Klageänderung in dem Sinne verbietet, dass «die angebrachten Schlüsse nicht so verändert werden dürfen, dass dadurch mehr oder anderes verlangt wird, als

⁵⁴ Brief des Obergerichtes Freiburg vom 15. 3. 1947.

⁵⁵ Brief des Obergerichtes Freiburg vom 15. 3. 1947.

nach der ursprünglichen Schlußstellung», — «les conclusions ne peuvent être modifiées que dans le sens d'une réduction»⁵⁶ —, kommen wir zu dem Resultat, dass die Eventualmaxime im freiburgischen Zivilprozess noch sehr starke Wirkung hat und nur in wenigen Ausnahmefällen wie 293 b) und 516 ZPO durchbrochen werden kann.

Ist dies der Fall, so kann die Partei, die Nova vorbringt nach 523 ZPO «sogar wenn sie den Handel gewinnt, in die Gesamtheit oder einen Teil der Kosten verurteilt werden.»

Zur Geltendmachung von Rechtsgründen, 112 II ZPO schreibt unser Gewährsmann: «Quant à l'argumentation juridique des parties, elle peut évidemment être modifiée jusqu'au jugement»⁵⁷.

Die Anfechtung des Versäumnisurteils durch die Appellation ist unmöglich. Es gilt der Satz: contumax non appellat⁵⁸.

II. ZPO, die nur bestimmte Tatsachen zulassen

A. BASEL-LAND

ZPO 130 bestimmt über die Zulassung von Nova: «Neue Tatsachen und Beweismittel können, vorausgesetzt, dass sie für die Beurteilung von Erheblichkeit sind, nur dann berücksichtigt werden, wenn sich diese Tatsachen nach der ersten untergerichtlichen Verhandlung zugetragen haben und die Beweismittel erst seither aufgefunden worden oder der betreffenden Partei zur Kenntnis gekommen sind.» Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass neue Tatsachen nur bei objektiver Unmöglichkeit ihrer früheren Geltendmachung, nur wenn sie bei Abschluss des erstinstanzlichen Urteils noch nicht bestanden, geltend gemacht werden können. In bezug auf neue Beweismittel ist zu sagen, dass deren Geltendmachung vom Nachweis der subjektiven Unmöglichkeit, sie früher vorzubringen, abhängig gemacht wird.

Die Parteien werden dadurch zu sorgfältiger Prozessfüh-

⁵⁶ Brief vom 15. 3. 1947.

⁵⁷ Brief vom 15. 3. 1947.

⁵⁸ Schurter-Fritzsche II 1 S. 403; ZPO Freiburg 501.

rung in der ersten Instanz eingeladen⁵⁹. Aus dem Wortlaut von ZPO 130 und 120 muss e contrario geschlossen werden, dass eine Klageänderung nach Vernehmlassung der Klage unzulässig ist⁶⁰.

Nach 202 ZPO ist die Appellation grundsätzlich auch neben der Wiedereinsetzung gegen Versäumnisurteile zulässig.

In bezug auf die Kostentragung ist ZPO 121 auch auf das Berufungsverfahren anzuwenden, wonach die Partei, welche Nova vorbringt, die daraus erwachsenden Kosten allein zu tragen hat.

B. SCHAFFHAUSEN

Nach ZPO 300 ist in der Appellationsinstanz sowohl der Kläger als auch der Beklagte befugt, für die einmal gemachten Behauptungen neue Beweismittel beizubringen, oder solche Tatsachen vorzutragen, welche zur näheren Begründung bereits gestellter Klageanträge oder Einreden dienen, ohne dass dies eine Rückweisung an die untere Instanz zur Folge hat. Aus dieser Bestimmung darf nun nicht etwa geschlossen werden, dass neue Beweismittel und Tatsachen unbeschränkt zulässig seien. Das Obergericht führt dazu aus: «Es ist davon auszugehen, dass die ZPO Schaffhausen ein älteres Gesetz ist⁶¹, das in Anlehnung an Rechte mit beschränktem ius novorum geschaffen wurde. Unter der von der ZPO in § 300 eingeräumten Befugnis, neue Beweismittel beizubringen, kann nicht das Recht verstanden werden, in jedem Falle jegliche vor der ersten Instanz nicht geltend gemachte Beweismittel vor Obergericht nachzubringen. In ihr ist lediglich das Recht zu erblicken, im Berufungsverfahren Beweismittel geltend zu machen, welche der Partei während des erstinstanzlichen Verfahrens noch gar nicht bekannt waren, oder deren frühere Geltendmachung ihr aus irgend einem Grunde nicht zugemutet werden konnte⁶². Aus dem Wortlaut

⁵⁹ Heusser S. 55.

⁶⁰ Vgl. ZPO 106; Heusser S. 55.

⁶¹ Die ZPO Schaffhausen datiert von 1869; ein Revisionsentwurf soll in nächster Zeit in erneute Beratung gezogen werden.

⁶² Urteil des OG vom 16. 3. 1928; Amtsbericht 1928 S. 56; vgl. ferner die Amtsberichte 1915 S. 77; 1923 S. 63; 1924 S. 66; 1938 S. 61; 1942 S. 58; 1944 S. 54.

von 300 ZPO ergibt sich, dass auch der Beweis für neue Tatsachen statthaft ist⁶³.

Die Klageänderung ist unzulässig, da nur solche Tatsachen zugelassen werden, welche zur näheren Begründung bereits gestellter Klageanträge dienen.

Das Recht, neue Tatsachen vorzubringen, ist ferner dadurch eingeschränkt, dass neue Einreden nicht zugelassen sind. 300 ZPO.

Aus 298 ZPO schliessen wir, dass Nova bei Kostenstrafe 30 Tage nach Anhängigmachung der Appellation dem Präsidenten in einer Eingabe zur Appellationsschrift zu bezeichnen resp. einzureichen sind.

III. ZPO mit Zulassung neuer Tatsachen

A. THURGAU

Die ZPO des Kantons Thurgau regelt in § 287 das Novenrecht wie folgt: Neue Begehren, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und Beweismittel sind nur dann zugelassen, wenn die Partei, die sie vorbringt, wahrscheinlich macht, dass sie jene früher entweder nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht habe anrufen können.

Böckli charakterisiert das thurgauische Recht als Durchbrechung der Eventualmaxime im Interesse des materiellen Rechts für den Fall, dass die Parteien an dem verspäteten Vorbringen keine Schuld trifft⁶⁴.

Die Zulassung von neuen Begehren steht nun aber im Widerspruch mit dem Verbote der Klageerweiterung, welches seine gesetzliche Stütze in ZPO 148 besitzt. Durch die im Vermittlungsvorstand erfolgte Einlassung in den Rechtsstreit wird das Rechtsbegehren fixiert⁶⁵. Der die Begründung des Prozessrechtsverhältnisses regelnden, allgemeinen Norm des § 148 ZPO gegenüber, welche hinsichtlich des Verbots der Klageänderung

⁶³ Ablehnung einer Nichtigkeitsbeschwerde durch OG vom 20. 3. 1925.

⁶⁴ Böckli zu 174 II Zi. 4, S. 126 ff.; Fatzer S. 43.

⁶⁵ Fatzer S. 43; vgl. dazu Böckli zu 148 ZPO S. 107 lit. d): Liste der zugelassenen Fälle der Klageänderung.

im Gesetz noch durch weitere Vorschriften, §§ 152 und 154 ZPO gestützt wird, muss § 287 ZPO, soweit er von der Zulassung neuer Ansprüche spricht, als damit im Widerspruch stehend, weichen⁶⁶.

Zulässig ist dagegen die Einrede der Kompensation⁶⁷. Zulässig ist auch die Geltendmachung eines neuen Rechtsstandpunktes, jedoch nur, sofern er auf den bereits vor erster Instanz vorgebrachten Tatsachen beruht⁶⁸.

Eine allfällig notwendige Ergänzung der Sachverhandlung wird in ZPO 288 geordnet.

Die Bezeichnung der Nova hat nach 283 II in einer Eingabe an das Obergericht zu erfolgen, die innert der Frist von 30 Tagen seit der Eröffnung des motivierten Urteils eingesandt werden muss. Es ist dies jedoch eine Ordnungsvorschrift, deren Nichtbeachtung nicht den Ausschluss der Nova, sondern lediglich eine Ordnungsbusse von Fr. 5.— bis 50.— zur Folge hat. Bei dadurch verursachter Verzögerung des Prozesses kann die schuldige Partei zudem noch in die Kosten einer neuen Tagfahrt nach 176 ZPO verfällt, sowie zu derselben peremptorisch vorgeladen werden⁶⁹.

Da neues Vorbringen nur beim Nachweis des Nichtverschuldens zugelassen ist, braucht die ZPO Thurgau keine Kostenstrafung zu statuieren.

B. ZUG

Die neue ZPO von Zug hat sich in bezug auf die Gestaltung des Novenrechtes stark an die thurgauische ZPO angelehnt und deren Bestimmung von ZPO 287 in § 205 übernommen.

Der zweite Gerichtsschreiber Steiner schreibt uns dazu: «Damit Nova zugelassen werden, müssen zwei Voraussetzungen erfüllt sein: Einmal ist die seinerzeitige Nichtkenntnis oder die Unmöglichkeit der damaligen Geltendmachung und sodann das Fehlen eines Verschuldens glaubhaft zu machen»⁷⁰.

⁶⁶ Fatzer S. 44.

⁶⁷ Fatzer S. 44.

⁶⁸ Böckli zu 287 ZPO S. 188.

⁶⁹ Fatzer S. 43; Böckli zu 176 ZPO S. 127 ff.

⁷⁰ Brief vom 11. 3. 1947.

In ZPO 63 wurde die Bestimmung der Berner ZPO 94⁷¹ über die Klageänderung übernommen. Da die Zuger ZPO aber die Offizialmaxime nicht kennt und im Gegenteil in ZPO 53 grundsätzlich die Verhandlungsmaxime aufgestellt hat, ist die Auswirkung der Zulassung der Klageänderung im Berufungsverfahren nicht sehr gross. Indem die Parteien zur Stellung neuer Begehren, die nur im Rahmen von 63 ZPO erfolgen kann, nachzuweisen haben, dass sie diese früher nicht gekannt oder trotz aller Anstrengung nicht haben anrufen können, und indem auch die Geltendmachung des ihrer Substanziierung dienenden neuen Prozessmaterials der gleichen Voraussetzung unterliegt, ist die Stellung eines neuen Begehrens nur in den seltensten Fällen möglich, wie z. B. bei einer Aenderung der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse nach dem erstinstanzlichen Urteil.

Das neue Vorbringen ist nach 201 ZPO in der Berufungserklärung anzugeben. Wird durch das neue Vorbringen eine erneute Sachverhandlung notwendig, so kann das Obergericht diese selbst durchführen, oder das Kantonsgericht damit beauftragen, oder die Streitsache unter Aufhebung des Urteils zur Abnahme des Beweises und nachherigen Neuurteilung zurückweisen. ZPO 206⁷². In der alten ZPO von 1863 wollte der Gesetzgeber den Charakter des Berufungsverfahrens als Ueberprüfung des erstinstanzlich Verhandelten rein wahren und stellte daher die Bestimmung auf, dass, falls neue Tatsachen und Rechtsfragen, die gehörig gerechtfertigt sind, vorgebracht werden, die Streitsache wieder an die untere Instanz zurückzuweisen sei⁷³.

Eine Kostenfolge für jene Partei, welche Nova geltend macht, kennt die zugerische ZPO nicht⁷⁴.

Die Praxis hatte bis heute noch keine Gelegenheit, sich zu den hier aufgeworfenen Problemen auszusprechen.

C. GENF

Die Regelung des Novenrechtes, die die Genfer ZPO getroffen hat, scheint derjenigen des französischen Code de Procédure

⁷¹ S. unten S. 83 ff.

⁷² Diese Bestimmung wurde von der thurgauischen ZPO 288 übernommen.

⁷³ ZPO Zug von 1863 § 114; Heusser S. 56; Schurter-Fritzsche II 1 S. 548.

⁷⁴ Brief des II. Gerichtsschreibers Steiner vom 11. 3. 1947.

Civile sehr nahe verwandt. Dem ist nun aber in Tat und Wahrheit nicht so, indem die Praxis die einschlägigen Gesetzesbestimmungen sehr frei ausgelegt hat und dabei zu einer erheblichen Einschränkung des Novenrechtes gelangt ist. Yung schreibt zur Interpretation der Artikel 356, 357 II, 362 C. P. C.: «En présence de ces textes on doit admettre qu'une partie est toujours recevable à alléguer des faits nouveaux en appel, sans avoir à rendre compte du moment où elle a eu connaissance; on ne peut lui refuser le droit d'en rapporter la preuve par la voie de témoignage; si elle triomphe grâce à la preuve ainsi administrée, elle encourra néanmoins une condamnation aux dépens»⁷⁵.

Ganz andere Wege ist aber «La Cour de Justice» gegangen. Schritt für Schritt wurde das Novenrecht eingeengt. Yung hat in seiner Arbeit ein umfangreiches Material sorgfältig zusammengestellt und verarbeitet und führt uns diese etappenweise Einschränkung vor Augen, indem er dazu schreibt: «On a d'abord empêché les parties d'user la voie de l'appel pour prouver les faits qu'elles n'ont pas réussi à établir en première instance; on a donc refusé la réouverture d'enquêtes auxquelles le Tribunal avait déjà procédé, même si l'appellant articulait pour établir le bien-fondé du même moyen des circonstances nouvelles que rien ne l'aurait empêché d'articuler devant le Tribunal. Interdiction strictement limitée. On a admis cependant le réouverture des enquêtes sur la base des faits que l'une des parties ignorait lorsque le jugement a été rendu. Cette exception, formulée dans nombre d'arrêts, a été considérée peu à peu comme une exception à une règle beaucoup plus générale, et l'on en est venu par ce détour à prohiber toute allégation de fait non formulée devant les premiers juges»⁷⁶.

Heute ist also tatsächlich die Geltendmachung von neuen Tatsachen in der Appellationsinstanz verboten. Eine Ausnahme wird gemacht in bezug auf Tatsachen, von denen die Partei in erster Instanz noch keine Kenntnis hatte, oder die erst nach dem erstinstanzlichen Urteil entstanden sind⁷⁷. Der gleichen Regelung ist auch die Zulassung von neuen Zeugen unterstellt⁷⁸.

⁷⁵ Yung S. 579; vgl. auch Perrot zu 357 II ZPO.

⁷⁶ Yung S. 582.

⁷⁷ Vgl. Perrot zu 357 II C. P. C.; A. C. J. 18. 12. 1936.

⁷⁸ Semjud 1929 p. 494; 1932 p. 220.

Yung schreibt dazu: «Cette exception comporte un corollaire: la partie qui invoque des faits nouveaux ne doit pas seulement, si elle entend les prouver par voie d'enquête, formuler une offre de preuve, sur la précision de laquelle la Cour se montre particulièrement stricte; elle doit encore prouver qu'elle ne les a connus que depuis le jugement, en indiquant par qui où et comment ils ont été portés à sa connaissance»⁷⁹.

Diese Regelung des Novenrechtes hat sich durchgesetzt, trotzdem, analog dem französischen Prozess⁸⁰, aus 362 C. P. C., aus dem Verbot der «demandes nouvelles» e contrario die grundsätzliche Zulassung von «moyens nouveaux» geschlossen werden kann, und trotzdem 357 II C. P. C. bei der Regelung der Kostentragung ausdrücklich die Möglichkeit der Geltendmachung von «pièces, exceptions ou moyens décisifs, non produits devant les premiers juges» erwähnt⁸¹.

Vom Verbot der Klageänderung werden in Anlehnung an das französische Recht bestimmte Ausnahmen gemacht, die in 362 C. P. C. statuiert sind⁸².

Nach 356 II kann der Richter auch ex officio jegliche neue Beweiserhebung und jede Ergänzung des Tatsachenfundaments vornehmen.

Die Kostentragung ist eine sehr weitgehende. Die Nova vorbringende Partei kann nach 357 II, unabhängig von Sieg oder Niederlage im Prozess, zu einem Teil oder sämtlichen Kosten des erst- und zweitinstanzlichen Verfahrens⁸³ — also nicht nur zu den Mehrkosten — verurteilt werden.

341 C. P. C. enthält den Grundsatz: contumax non appellat.

D. BASEL-STADT

§ 237 ZPO regelt das Novenrecht in der Weise, dass den Parteien nicht gestattet ist, neue Tatsachen oder Beweismittel in der Appellationsinstanz vorzubringen oder einzulegen, es wäre

⁷⁹ Yung S. 578; Semjud 1938 p. 569; 1939 p. 486; 1940 p. 145.

⁸⁰ Vgl. C. P. C. français 464.

⁸¹ Yung S. 579.

⁸² Vgl. Perrot zu 362 C. P. A.; A. C. J. 14. 10. 1919; Bellot S. 305; Loi sur la Procédure Civile, Genf 1837; Semjud 1921 p. 336; 1935 p. 282.

⁸³ Ueber den Umfang der Kosten vgl. 129 C. P. C.

denn, dass eine Partei dartun könnte, dass sie solche erst seit dem unterrichterlichen Spruch erfahren oder erhalten, oder dass sie vorher keinen Anlass zu deren Vorbringen gehabt habe. Diese letzte Möglichkeit erinnert stark an den Noveneid des gemeinen Prozesses und ist eine recht dehnbare Bestimmung, durch die der Richter mehr oder weniger nach freiem Ermessen über die Zulassung oder Abweisung des neuen Vorbringens entscheiden kann. Sie hat sich in neuerer Zeit dahin ausgewirkt, dass die Praxis immer mehr dahin tendiert, die Zulassung des neuen Vorbringens möglichst zu erweitern und Entscheidungen aus formalen Erwägungen der Verspätung und Versäumnis zu verhüten⁸⁴. Die baselstädtische Praxis der Zulassung von Nova hat sich dadurch derjenigen der Kantone mit grundsätzlicher Zulassung der Nova immer mehr angenähert.

Tatsachen oder Beweismittel, zu deren Vorbringen in erster Instanz kein Anlass war, sind in der Praxis nicht häufig⁸⁵. Solches Vorbringen kann durch das Beweisergebnis vor erster Instanz oder durch das Urteil selbst veranlasst werden, wenn dieses einen von den Parteien nicht beachteten neuen rechtlichen Gesichtspunkt enthält, den es nun zu widerlegen gilt⁸⁶.

Die Klageänderung ist in der Berufung grundsätzlich unzulässig⁸⁷, doch kann beim Vorliegen von triftigen Gründen eine Ausnahme gemacht werden⁸⁸.

In bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Nova bestimmt ZPO 237 II, dass diese mit einer schriftlichen Eingabe spätestens beim Aktenschluss zu den Akten zu geben seien. Kommen sie der betreffenden Partei erst später zur Kenntnis, so sind sie baldmöglichst und spätestens am dritten Tage vor dem Verhandlungstage dem Appellationsgerichtspräsidenten einzuweisen. Die Neuverhandlung infolge neuen Vorbringens geschieht nach dem Ermessen des Appellationsgerichtes durch dieses selbst oder durch das erstinstanzliche Gericht. 237 III⁸⁹.

⁸⁴ Goetzinger ZSR 49 S. 245.

⁸⁵ Goetzinger ZSR 49 S. 245.

⁸⁶ Goetzinger ZSR 49 S. 245.

⁸⁷ Vgl. Heusser S. 55; Fritzsche in Leske-Löwenfeld: Der Zivilprozess in den europäischen Staaten und ihren Kolonien, S. 233, Berlin 1933.

⁸⁸ ZPO 79, 80.

⁸⁹ Goetzinger ZSR 49 S. 245.

Macht eine Partei, die Nova vorbringt, sich dabei Gefährden schuldig, so ist sie mit einer Ordnungsbusse zu belegen⁹⁰.

Das Appellationsgericht führt in einem Entscheid vom 11. 6. 1944 zum baselstädtischen Novenrecht aus: «Die Eventualmaxime wurde als Mittel gegen eine gleichgültige oder böswillige Prozessführung beibehalten, aber soweit gemildert, dass sie mit dem auf die Verwirklichung des materiellen Rechts gerichteten Zweck des Verfahrens vereinbar blieb. Bloss der Formalschrift zuliebe, welche die Geltendmachung aller Tatsachen und Beweismittel schon in Klage und Antwort verlangt, sollte keine Partei um ihr gutes Recht kommen, die dies nicht durch die Art ihrer Prozessführung wirklich verdient hätte»⁹¹.

E. BERN

Die Appellation der bernischen ZPO hat die Ueberprüfung der Richtigkeit des Urteils, wie auch der Uebereinstimmung desselben mit dem realen Tatbestand zum Ziele⁹². Nach 333 II ZPO unterliegt das gesamte Verfahren vor erster Instanz der Prüfung durch den Appellationshof. In bezug auf die prozessualen Befugnisse ist die Appellationsinstanz der ersten Instanz grundsätzlich gleichgestellt⁹³. Es gelten die erstinstanzlichen Bestimmungen des Novenrechtes auch für das Appellationsverfahren.

Nach 93 ZPO werden selbst nach den Parteivorträgen in der Hauptverhandlung vor erster Instanz bis zum Endurteil neue Angriffs- und Verteidigungsmittel gehört, wenn die Partei genügende Entschuldigungsgründe für die nachträgliche Geltendmachung glaubhaft macht⁹⁴. Für die Geltendmachung neuer Angriffs- und Verteidigungsmittel in zweiter Instanz bestimmt ZPO 339 II, dass diese in der Appellationserklärung zu erfolgen habe. Dabei sind auch die nach 93 ZPO geforderten Entschuldigungsgründe anzugeben⁹⁵. ZPO 339 II kommt jedoch nur der

⁹⁰ Maximalbetrag der Ordnungsbusse ist Fr. 50.—.

⁹¹ Vgl. SJZ 40 S. 382.

⁹² Zumbühl S. 71.

⁹³ Zumbühl S. 72, 76.

⁹⁴ Vgl. Leuch zu 246 ZPO S. 288.

⁹⁵ Leuch zu 339 ZPO S. 285.

Charakter einer Ordnungsvorschrift zu, deren Nichtbeachtung keine materielle Verwirkung des Rechts zur Geltendmachung des neuen Vorbringens, sondern nur eine Verurteilung in die durch eine allfällige Terminverschiebung entstehenden Kosten nach sich zieht⁹⁶.

Nach 352 ZPO ist es dem Appellationshof freigestellt, die Streitsache an die untere Instanz zwecks besserer Sachverhandlung zurückzuweisen oder selbst zu urteilen. Da dem Appellationshof aber die Möglichkeit gegeben ist, die Streitsache erschöpfend klarzustellen und gründlich zu beurteilen, ist die Rückweisung seltene Ausnahme⁹⁷.

Die ZPO des Kantons Bern ist jedoch im Interesse der Erforschung des wahren Sachverhaltes nicht nur zu einer Zulassung des neuen Vorbringens gelangt, sondern noch bedeutend weiter gegangen⁹⁸. Sie steht grundsätzlich auf dem Boden der Officialmaxime, die in ZPO 89 statuiert ist⁹⁹. Daher kennzeichnet sich die bernische Appellation durch eine beinahe unbeschränkte Sachverhaltsermittlung¹⁰⁰. Was die Parteien unter nicht genügenden Entschuldigungsgründen gemäss ZPO 93 herbeischaffen, berücksichtigt der Appellationshof, wenn nötig, gemäss ZPO 347 und 89 von Amtes wegen¹⁰¹.

Aus demselben konsequenten Streben nach Verwirklichung des materiellen Rechts wird uns auch die von gewissen Voraussetzungen abhängig gemachte Zulassen der Klageänderung verständlich. ZPO 94 lautet: «Eine Aenderung der Klage- oder Widerklagebegehren, wonach mehr oder anderes verlangt wird, ist ohne Einwilligung der Gegenpartei nach Eintritt der Rechtshängigkeit nur zulässig, wenn gestützt auf den nämlichen Klagegrund anstelle des ursprünglichen Anspruches ein anderer oder ein mit dem geltend gemachten in Zusammenhang stehender weiterer Anspruch erhoben wird. Ueberdies kann der Richter eine Klageänderung zulassen, wenn daraus eine erhebliche Er-

⁹⁶ Vgl. Leuch zu 92 II ZPO; Krebs, Grundzüge der neuen bernischen ZPO, SJZ 15 S. 18.

⁹⁷ Zumbühl S. 76.

⁹⁸ Zumbühl S. 71, 73, 75; Leuch zu 94 ZPO Zi. 2 S. 113.

⁹⁹ Leuch zu ZPO 89 S. 108 ff.

¹⁰⁰ Zumbühl S. 73.

¹⁰¹ Zumbühl S. 73; Krebs SJZ 15 S. 17.

schwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu besorgen ist»¹⁰². Leuch schreibt dazu: «Die Klageänderung ist an sich in jedem Stadium des Verfahrens und auch noch in der Appellationsinstanz zulässig. Praktisch ist sie aber von der Möglichkeit des Vorbringens der Nova nach ZPO 92, 93, 347 abhängig, wenn sie solche nötig macht. Die Berücksichtigung der Nova von Amtes wegen ist dabei regelmässig angezeigt, wenn durch die darauf gestützte Klageänderung ein neuer Prozess ohne wesentliche Verzögerung des gegenwärtigen Verfahrens vermieden werden kann¹⁰³. — Die Appellation setzt aber eine Beschwerde der appellierenden Partei voraus. Ihre Einleitung zum ausschliesslichen Zweck der Klageänderung ist unzulässig¹⁰⁴.

Die Kostentragung wird von ZPO 92 II in der Form der Verschuldenshaftung geregelt, indem die Nova vorbringende Partei, sofern sie ein Verschulden trifft, zu den Kosten des Termins zu verurteilen ist.

§ 9. Kantonale ZPO mit grundsätzlicher Zulässigkeit der Nova

Im Rahmen des lediglich eine bessere, erweiterte Substanziierung der Klage bezweckenden Vorbringens kann dieses folgenden Einschränkungen unterworfen sein, um noch als grundsätzlich zugelassen zu gelten:

1. den formellen Schranken in bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Nova in der Appellation;
2. den indirekten Schranken der Kostentragung und der Ordnungsbusse.

Kantonale ZPO, die Nova grundsätzlich zulassen, sind diejenigen von Glarus, Wallis, Luzern, Zürich und St. Gallen.

¹⁰² Vgl. dazu die Ausführungen von Leuch S. 113 ff., sowie die Beispiele in Zi. 5 S. 114: «Klagegrund ist der Komplex von Tatsachen, der die Grundlage des geltend gemachten Anspruches bildet.»

¹⁰³ Leuch zu ZPO 94 Zi. 8 S. 115; Heusser S. 55; vgl. auch Leuch: Klageänderung in ZBJV Bd. 55 S. 193 ff.

¹⁰⁴ Leuch, Klageänderung Art. 94 ZPO in ZBJV 55 S. 193 ff., spez. S. 207.

A. GLARUS

Wenn auch in 308 ZPO Glarus nur von neuen Beweismitteln die Rede ist, so lässt die glarnerische Obergerichtspraxis unter den gleichen Voraussetzungen auch neue Einreden, Bestreitungen und Tatsachen zu, sofern sie sich auf das erstinstanzlich gestellte Klagebegehren beziehen¹⁰⁵.

Nach 307 ZPO können vor Obergericht keine andern Rechtsbegehren gestellt werden als vor erster Instanz. Das Gericht hat einzig über die vor dem ersten Richter behandelte Rechtsfrage zu entscheiden. Das Klagebegehren wird demnach dadurch, dass es gemäss 135 ZPO in Verbindung mit 143 I ZPO vor der ersten Instanz zu Protokoll gegeben wurde, fixiert¹⁰⁶. So kann z. B. eine Kompensationseinrede, die sich für den Beklagten bereits in der Zwischenzeit zwischen Vermittlung und Hauptverhandlung vor erster Instanz ergibt, nicht mehr geltend gemacht werden¹⁰⁷.

Neue Urkunden sind mit einem Verzeichnis in die Kanzlei zu legen. Neue Zeugen unter Angabe dessen, was durch sie bewiesen werden soll, spätestens 20 Tage von der Zustellung der genehmigten Appellationserklärung an, zu bezeichnen. In beiden Fällen ist die Gegenpartei unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen. 308 ZPO. — Nichtbeachtung dieser Vorschrift hat Verwirkung des Rechts zum Vorbringen neuer Beweismittel zur Folge. 308 II. Der Nachweis, dass die Partei an der Verspätung des Vorbringens unverschuldet sei, ist nicht erforderlich. Die Kostentragung wird nur verfügt, wenn durch das neue Vorbringen das erstinstanzliche Urteil abgeändert wird. 308 III ZPO.

B. WALLIS

Während nach ZPO 278 I nur von der Berücksichtigung von neuen Beweismitteln gesprochen wird, ergibt sich aus dem Wortlaut der Regelung der Kostentragung in ZPO 278 IV, dass

¹⁰⁵ Brief des Gerichtsschreibers Dr. Staub vom 17. 3. 1947.

¹⁰⁶ Brief von Dr. Staub vom 17. 3. 1947.

¹⁰⁷ Brief von Dr. Staub vom 17. 3. 1947.

auch neue Tatsachen geltend gemacht werden können¹⁰⁸. Die Zulassung der Klageänderung unter gewissen Bedingungen wurde von der ein Jahr früher entstandenen Berner ZPO übernommen¹⁰⁹. Während die Berner ZPO aber der erstinstanzlichen Klageänderung, wie sie in ZPO 94 statuiert ist, auch für das Berufungsverfahren Geltung zuschreibt, gilt 88 ZPO Wallis für die Berufung nicht¹¹⁰. Die Klageänderung ist ausgeschlossen.

Die ZPO Wallis stellt es aber nicht nur den Parteien anheim, neue Beweismittel vorzubringen. Nach ZPO 279 kann auch das Kantonsgericht, auf Antrag einer Partei oder eines Richters, die nähere Feststellung bestimmter Tatsachen jederzeit durch Parteieinvernahme, Anberaumung eines Augenscheines, einer Begutachtung durch Sachverständige, sowie die Wiederabhör von Zeugen anordnen.

Nach ZPO 278 II sind Beweismittel unter Verfallstrafe in der Berufungserklärung anzugeben. Innert zehn Tagen nach Zustellung der Berufungserklärung kann die Gegenpartei ihre Beweiseinreden geltend machen. 278 III ZPO.

Die Kostentragung trägt den Charakter einer Verschuldenshaftung, indem die Nova vorbringende Partei glaubhaft machen muss, dass es sich um Tatsachen handelt, die sie früher nicht geltend machen konnte, damit sie nicht automatisch für die aus dem verspäteten Vorbringen erwachsenen Kosten verantwortlich gemacht wird. 278 IV ZPO.

C. LUZERN

Die luzernische ZPO und die luzernische Gerichtspraxis charakterisieren sich durch ihre Tendenz, die Zulassung von neuem Vorbringen zu erleichtern, um dadurch die Verwirklichung des materiellen Rechtes zu sichern und die Entstehung allfälliger neuer Prozesse zu verhindern¹¹¹.

Die ZPO Luzern lässt nach § 250 neue Tatsachen und Beweismittel in der obergerichtlichen Verhandlung unter der Bedin-

¹⁰⁸ So auch Schurter-Fritzsche II 2 S. 673; Anm. 1138.

¹⁰⁹ Widmer S. 127; Heusser S. 56.

¹¹⁰ Widmer S. 127.

¹¹¹ Erlanger S. 120.

gung zu, dass sie nicht mit dem Klageänderungsverbot in Konflikt kommen¹¹². Nach ZPO 121 ist die Aenderung des Klagegrundes unzulässig. Beim Vorbringen von Nova ist von Amtes wegen zu untersuchen, ob ZPO 121 verletzt werde¹¹³. Daher sind neue tatsächliche Ausführungen nur zugelassen, wenn sie zum selben Tatsachenkomplex gehören und derselben rechtlichen Beziehung unterstehen, auf die die Klage gestützt wird¹¹⁴. Eine Aenderung in der rechtlichen Bewertung ist nur erlaubt, wenn sie die vorher unter anderen Gesichtspunkten geltend gemachten Tatsachen nicht in ein neues Licht rückt und ihnen nicht ihre ursprüngliche Individualität nimmt¹¹⁵.

Die Erweiterung bzw. Erhöhung des Klagebegehrens ist grundsätzlich unzulässig¹¹⁶.

Nach luzernischer Praxis können das Klagebegehren substantisierende Nova nur dann nicht berücksichtigt werden, wenn sie trotz einer vom Obergericht für ihre Geltendmachung angesetzten Frist unter Androhung der Verwirkungsfolgen nicht vorgebracht wurden¹¹⁷. Beweismittel, auf die in erster Instanz verzichtet wurde, sind nicht als «Nova» zu betrachten und können daher in zweiter Instanz nicht mehr geltend gemacht werden¹¹⁸. Liegt dagegen ein ablehnender Beweisbescheid der ersten Instanz vor, so können die Parteien vor Obergericht denselben Beweis wieder beantragen¹¹⁹.

Während früher Rückweisung der Streitsache an die Vorinstanz zur Ergänzung des Tatsächlichen die Regel war, nimmt heute das Obergericht Ergänzungen meistens selbst vor. Die Entscheidung ist eine reine Ermessensfrage, für die Zweckmässigkeitsüberlegungen massgebend sind¹²⁰.

Hinsichtlich des Zeitpunktes der Geltendmachung der Nova bestimmt 249 ZPO, dass diese sofort nach erhaltener Vorladung

¹¹² Erlanger S. 108, 116.

¹¹³ Max VII S. 157.

¹¹⁴ Max VII S. 315.

¹¹⁵ Max VII S. 237; vgl. Erlanger S. 111 ff.

¹¹⁶ Brief des Obergerichtsschreibers Dr. Zraggen vom 11. 3. 1947; Erlanger S. 115.

¹¹⁷ Erlanger S. 117; Max VII S. 235.

¹¹⁸ Erlanger S. 119; Max VII S. 450.

¹¹⁹ Erlanger S. 119.

¹²⁰ Brief von Dr. Zraggen vom 11. 3. 1947.

dem Präsidenten zuhanden des Referenten anzuzeigen sind, ansonst die Partei für allfällige Mehrkosten verantwortlich gemacht werden kann. Erlanger schreibt dazu: «Die Geltendmachung von Nova ist durch keine zwingenden Vorschriften hinsichtlich Form oder Zeit des Vorbringens erschwert¹²¹.» Doch ist die Auflage neuer Aktenstücke in einem Moment, da die Gegenpartei nicht mehr Stellung dazu nehmen kann, unzulässig¹²². 249 ZPO ist aber grundsätzlich als Ordnungsvorschrift, der die Sanktion der Kostentragung beigegeben ist, zu verstehen. Kann sich eine Partei bezüglich der Verspätung des neuen Vorbringens nicht genügend rechtfertigen, so trägt sie nach 250 ZPO die durch ihr Verhalten verursachten Mehrkosten. Die Kostentragung charakterisiert sich damit als Verschuldenshaftung.

D. ZÜRICH

Die Verfolgung der Entwicklung des Institutes des Novenrechtes in den zürcherischen ZPO vermittelt uns ein gutes Beispiel für die Entwicklungstendenz dieses Prozessinstitutes. In der Kodifikation des Zürcher Prozessrechtes von 1866 waren nach 241 ZPO in der Berufungsinstanz neue Begehren, tatsächliche Behauptungen, Einreden, Bestreitungen und Beweismittel nur unter den engen und einschränkenden Voraussetzungen des damaligen § 117, der heute ungefähr ZPO 136 entspricht, zugelassen. Das Gesetz betr. den Zivilprozess von 1913 brachte dann in ZPO 317, einem Entwurfe von 1901 folgend, die Einführung des im Rahmen der Substanziierung des Klagebegehrens unbeschränkten Novenrechtes. — Eine Vorlage zur Teilrevision der ZPO vom 20. 6. 1932 sah dann in § 328 des Entwurfes neuerdings eine erhebliche Einschränkung des Novenrechtes, die eine Rückkehr zur Regelung von 1866 bedeutete hätte, vor. Sie drang aber mit ihren Motiven nicht durch¹²³.

¹²¹ Erlanger S. 120.

¹²² Max VI S. 628.

¹²³ Weisung zum Entwurf der Teilrevision des GVG und der ZPO des Kantons Zürich vom 20. 6. 1932 S. 68/69; vgl. dazu die Antwort Bauhofers in SJZ 29 S. 131 ff.

Im Gegenteil! Die Revision der zürcherischen ZPO von 1935 führte bei gleichbleibendem Wortlaut von ZPO 317 zur Streichung von ZPO 318 II, wonach nun anzunehmen wäre, dass auch Beweismittel zu deren Beibringung erstinstanzlich eine zerstörlische Frist angesetzt war, zweitinstanzlich ohne weiteres zugelassen seien. Demgegenüber hat aber das Obergericht an seiner früheren Praxis¹²⁴ festgehalten, solchem Vorbringen den Charakter des «novum» abgesprochen und die Zulassung desselben mit der Begründung, dass sie das erstinstanzliche Verfahren zu einer Farce herabwürdigen würde, abgelehnt¹²⁵. ZPO 318 beschränkt das Novenrecht insofern, als eine Partei, die sich vor erster Instanz überhaupt nicht geäußert hat, sich nicht auf ZPO 317 berufen kann¹²⁶.

ZPO 317 I lautet: «In der Berufungsinstanz sind neue tatsächliche Behauptungen und Gesuche, Einreden, Bestreitungen und Beweismittel zulässig, sofern sie dem Obergerichte spätestens zehn Tage vor der Berufungsverhandlung schriftlich im Doppel eingereicht oder bezeichnet werden. Vorbehalten bleibt § 136.» Unter neuen Gesuchen sind prozessuale Gesuche, insbesondere um Ergänzung des Beweisverfahrens, zu verstehen¹²⁷.

Zum Problem der Klageänderung ist zu sagen, dass ZPO 127 Zi. 1 die Aenderung des Rechtsbegehrens verbietet. Dies führt Popper dazu, die Aenderung des tatsächlichen wie des rechtlichen Klagegrundes als zulässig zu erachten¹²⁸. Gegenteiliger Ansicht ist von Wyss¹²⁹. In der Praxis ist die Zulässigkeit der Aenderung des Klagegrundes umstritten. Die Rechtssprechung ist hier uneinheitlich. Während einerseits vor zweiter Instanz die Umwandlung einer erstinstanzlich aus Vertrag hergeleiteten Forderung in einen Anspruch aus unerlaubter Handlung als unzulässig erachtet wird¹³⁰, schliesst Sträuli andererseits aus der Tatsache, dass der Klagegrund in der Weisung nicht genannt

¹²⁴ Bl. Z. R. 22 Nr. 4; 32 Nr. 175.

¹²⁵ Urteil Ob. G. I. K. 24. I. 1941; vgl. SJZ 38 S. 119.

¹²⁶ Protokoll des KR Zürich zur ZP Novelle 1932—35 S. 871; Sträuli zu ZPO 318 S. 457.

¹²⁷ Sträuli zu 317 ZPO S. 455.

¹²⁸ Popper S. 54 ff.

¹²⁹ von Wyss SJZ 11 S. 329.

¹³⁰ Bl. Z. R. 35 Nr. 128; vgl. auch Bl. Z. R. 13 Nr. 190.

werden muss, dass eine Aenderung desselben, wenn er doch genannt wurde, in der Hauptverhandlung noch zulässig ist und bekräftigt seine Ansicht durch Beispiele aus der Rechtssprechung¹³¹.

Nichteinhaltung der Bestimmung, dass neues Vorbringen dem Obergericht bis spätestens zehn volle Tage vor der Berufungsinstanz eingereicht oder bezeichnet werden muss, führt zu materieller Verwirkung des Rechts zum Vorbringen¹³². Ihr nicht unterworfen ist das in § 136 ZPO umschriebene neue Vorbringen, das bis zur Ausfällung des Urteils geltend gemacht werden kann¹³³.

Es handelt sich hier um:

1. Begehren, die erst im Laufe des Prozesses veranlasst wurden;
2. Behauptungen, Bestreitungen, Einreden und dergleichen, deren Richtigkeit sich ohne ein weiteres Beweisverfahren aus den Prozessakten und Lokalverhältnissen ergibt, oder die sofort durch neu vorgelegte, unverdächtige Urkunden nachgewiesen werden können;
3. Tatsachen, von denen die Partei wahrscheinlich machen kann, dass sie diese auch bei angemessener Tätigkeit nicht habe kennen oder anrufen können;
4. Einreden und Tatsachen, die der Richter bei Vermeidung von Nichtigkeit von Amtes wegen zu beachten hat.

Die Partei, die in zweiter Instanz neue Behauptungen aufstellt, ist nach 317 III verpflichtet, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses, die hiedurch entstehenden besonderen Kosten zu tragen und die Gegenpartei für die Umtriebe zu entschädigen¹³⁴. Bei der Fällung in die durch das Vorbringen von Nova entstandenen Mehrkosten ist demnach das Vorliegen eines Verschuldens irrelevant. Bei schuldhafter Verspätung in der

¹³¹ Sträuli zu ZPO 118 A. 4 S. 212; Sträuli zu ZPO 127 A. 2 S. 226: Bl. Z. R. 28 Nr. 103: Geltendmachung eines neuen Anfechtungsgrundes nach SchKG 287 in zweiter Instanz; Bl. Z. R. 29 Nr. 30: andere Begründung oder Berechnung einer Schadenersatzforderung (Schaden und Genugtuung).

¹³² Plenarbeschluss des OG Zürich vom 7. 5. 1937; vgl. SJZ 34 S. 45; Sträuli zu ZPO 317 S. 456; Protokoll KR ZH zur Zivilprozessnovelle 1932—35 S. 871.

¹³³ Vgl. Sträuli zu 136 ZPO S. 252 ff.

¹³⁴ Vgl. Sträuli zu 317 ZPO S. 457.

Geltendmachung ist die Partei zudem mit einer Ordnungsbusse zu belegen. 317 III ZPO¹³⁵.

E. ST. GALLEN

Lutz schreibt über die Rechtswirkung der st. gallischen Berufung: «Grundsatz ist die unbeschränkte Neuverhandlung und Nachprüfung des erstinstanzlichen Entscheides auf alle Mängel formeller und materieller Art, Tat- und Rechtsfragen mit unbeschränktem Novenrecht»¹³⁶. Aus ZPO 414 VI ergibt sich, dass neue Gesuche, neue tatsächliche Behauptungen, Bestreitungen, sowie neue Beweismittel zugelassen sind¹³⁷. Unter neuen Gesuchen sind, wie in Zürich, prozessuale Gesuche zu verstehen¹³⁸. Da nach 418 I ZPO die erstinstanzlichen Verfahrensbestimmungen auch für das Berufungsverfahren anzuwenden sind, kann auch der Richter nach 179 II ZPO von Amtes wegen die Aufnahme von Beweisen, die von den Parteien nicht beantragt sind, anordnen. Bestreitungen sind beinahe unbeschränkt zulässig. Es können selbst Tatsachen bestritten werden, welche erstinstanzlich ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt worden sind, mit Ausnahme der eidlich erhärteten¹³⁹.

Die Zulassung der Klageänderung in der st. gallischen Berufung ist umstritten. Lutz lehnt sich an die Regelung des deutschen Prozesses an, wenn er die Klageänderung im Rahmen von ZPO 175 auch in der zweiten Instanz als zulässig erachtet¹⁴⁰. Wir teilen diese Ansicht nicht. Wenn ZPO 414 IV ausdrücklich bestimmt, dass in familienrechtlichen Streitigkeiten auch neue Hauptbegehren zulässig sind, muss daraus e contrario geschlossen werden, dass dies im Vermögensprozess nicht der Fall ist¹⁴¹. Unseres Erachtens ist daher die Stellung eines neuen Begehrens unzulässig. Die Praxis hat bis heute zu dieser Kontroverse noch nicht Stellung genommen.

¹³⁵ Vgl. Sträuli zu 317 ZPO S. 457.

¹³⁶ Lutz zu 414 ZPO St. Gallen S. 267 Zi. 8.

¹³⁷ 416 ZPO regelt das Novenrecht analog für den Berufungsbeklagten.

¹³⁸ Osterwalder S. 54.

¹³⁹ Osterwalder S. 54.

¹⁴⁰ Lutz zu 175 ZPO St. Gallen S. 114.

¹⁴¹ Derselben Ansicht ist auch Osterwalder S. 54.

Auch das Vorbringen neuer Tatsachen ist nicht unbeschränkt zulässig, indem eine erhebliche Aenderung der tatsächlichen Grundlage des Rechtsbegehrens, des Klagegrundes, nach ZPO 175 als unzulässige Klageänderung erachtet werden muss¹⁴².

In bezug auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Nova in der Berufungsinstanz bestimmen § 414 V, 414 VI, 416 I und 416 II, dass diese in einer Prozesseingabe zusammen mit der Berufungserklärung einzugeben sind¹⁴³.

Die Kostentragung ist als Verschuldenshaftung ausgebildet, indem die durch das neue Vorbringen verursachten Kosten nach 418 II «ohne Rücksicht auf den Ausgang des Prozesses der betreffenden Partei überbunden werden, wenn sie nicht dartun kann, dass sie jene ohne Verschulden nicht früher habe geltend machen können.»

¹⁴² Lutz widerspricht sich daher in seinen Ausführungen zu ZPO 175 und zu ZPO 414 VI.

¹⁴³ Osterwalder S. 53: «Nach den befristeten Eingaben von Berufungskläger und Beklagten dürfen keine Noven mehr vorgebracht werden.»

Schlussbetrachtung de lege feranda

Wir erachten es als gegeben, das Resultat unserer Arbeit in einer kurzen Darstellung der Leitprinzipien des Novenrechtes zusammenzufassen. Ausgehend von den Gestaltungsmöglichkeiten des Novenrechtes, befürworten wir eine künftige Ausgestaltung des Novenrechtes in folgender Richtung:

*1. Neues Vorbringen, das eine Klageänderung bewirkt,
ist nur zuzulassen,*

- a) wenn die Gegenpartei in die Aenderung der Klage einwilligt;
- b) wenn das neue Vorbringen zu einer Einschränkung des Klagebegehrens führt;
- c) wenn durch die Aenderung des Klagebegehrens nach richterlichem Ermessen weder eine erhebliche Erschwerung der Verteidigungsstellung des Beklagten, noch eine erhebliche Verzögerung der Verhandlung erfolgt;
- d) wenn die tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse sich seit dem erstinstanzlichen Urteil verändert haben;
- e) wenn der neue Anspruch mit dem bisherigen Klagebegehren in engem Zusammenhang steht;
- f) wenn es sich um ein Kompensationsbegehren handelt.

Die unumschränkte Zulassung der Klageänderung ist infolge ihrer tiefgreifenden Einwirkung auf das erstinstanzliche Verfahren abzulehnen.

*2. Im Rahmen der Substanziierung des Klagebegehrens
soll neues Vorbringen grundsätzlich zugelassen werden*

Diese Forderung ergibt sich aus der primären Aufgabe des Zivilprozesses, die in der Verwirklichung des materiellen Rechts besteht.

3. Dem Richter soll die Befugnis übertragen werden, neues Vorbringen, das mit Absicht oder aus grober Nachlässigkeit nicht früher vorgebracht wurde, zurückzuweisen

Diese richterliche Befugnis hält die Parteien zu sorgfältiger Prozessführung an. Sie verhindert den Missbrauch des Novenrechtes. Der Richter soll von ihr vor allem dann Gebrauch machen, wenn durch das verschuldeterweise verspätete Vorbringen die Erledigung des Rechtsstreites wesentlich verzögert wird.

Die richterliche Befugnis, neues Vorbringen zurückzuweisen, hat gegenüber dem Erfordernis des Nachweises der subjektiven Unmöglichkeit der früheren Beibringung der Nova gewisse Vorteile:

a) in prozessökonomischer Hinsicht:

Sie erübrigt ein spezielles Beweisverfahren in bezug auf das Recht der Parteien zu neuem Vorbringen;

b) in materieller Hinsicht:

Sie macht das Recht zu neuem Vorbringen nicht vom Erfolg eines solchen Nachweises abhängig.

Sie ermöglicht die Verwirklichung des materiellen Rechtes in höherem Masse, da sie von einem denkenden Menschen je nach der Lagerung eines konkreten Rechtsstreites angewendet werden kann.

Es muss hier aber nachdrücklich darauf hingewiesen werden, dass nur ein verantwortungsbewusster Richterstand diese Befugnis objektiv und damit für das Prozessverfahren fruchtbar ausüben kann. Die Gefahr richterlicher Willkür ist durch die Aufstellung von Richtlinien, die die richterliche Ermessensfreiheit hinsichtlich der Ausübung der Befugnis, neues Vorbringen zurückzuweisen, einschränken, durch den Gesetzgeber herabzusetzen.

4. Das neue Vorbringen ist bei Verwirkungsfolge in der Appellationserklärung oder einer speziellen Eingabe bis zu einem gesetzlich festgelegten Termin Gericht und Gegenpartei zur Kenntnis zu bringen

Durch diese Vorschrift wird die Verteidigungsstellung des Beklagten erleichtert. Sie ermöglicht zudem dem zweitinstanz-

lichen Richter, die Nova beim Aktenstudium, in dem er in der Regel seine Meinung bildet, bereits zu verarbeiten.

5. Die Kostentragung ist nur als Verschuldenshaftung auszubauen

Dadurch wirkt die Kostentragung subsidiär, indem sie immer dann verfügt wird, wenn der Richter von der Befugnis, schuldhaft verspätetes Vorbringen zurückzuweisen, keinen Gebrauch macht. — So trägt auch sie zur Erziehung der Parteien zu einer sorgfältigen Prozessführung bei.

6. Die Ordnungsbusse ist auszubauen

Die Ordnungsbusse ist je nach der Schwere des Verschuldens und der Höhe des Streitwertes stark progressiv anzusetzen. Mit ihr ist jeder Verstoss gegen eine sorgfältige Prozessführung zu bestrafen.

Betrachten wir nun ein nach diesen Grundsätzen gestaltetes Novenrecht, so erkennen wir, dass es durch die hier befürworteten Schranken, die vor allem im Interesse eines geordneten Verfahrens aufgestellt wurden, nur in sehr geringem Masse an der Erfüllung seiner Aufgabe, der Verwirklichung des materiellen Rechts gehindert wird.

Die Schranken treffen zudem in der Regel nur Parteien, die es an der nötigen Sorgfalt in der Prozessführung fehlen lassen; sie tragen also meistens den Charakter von gerechten Strafmassnahmen.

LEBENS LAUF

Am 28. Juni 1924 geboren, verbrachte ich meine Kindheit seit dem Alter von vier Jahren in Zürich. Hier durchlief ich die Primarschule und das kantonale Gymnasium, um im Herbst 1943 mit der Maturität Typus B abzuschliessen. Ich immatrikulierte mich anschliessend an der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich und testierte neun Semester. Während eines Jahres suchte ich durch Mitwirkung an einer Rechtsberatungsstelle einen Einblick in die Praxis zu gewinnen. Meine Studien wurden durch ca. 600 Tage Militärdienst mehrmals unterbrochen. Im Dezember 1948 bestand ich die zweite mündliche Teilprüfung.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. H. Fritzsche, danke ich herzlich für das Interesse, das er der Entstehung meiner Arbeit entgegenbrachte.

